

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 23 – Numéro 1

Année : 1992-1993

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13392>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13392>

Page vide laissée intentionnellement.

NOUVEAU CODE CIVIL ET JALONS POUR L'INTERPRÉTATION : TRADITIONS ET TRANSITIONS.....	1
Par Alain-François BISSON	
LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT	27
Par Luc MORIN, Claude BOISCLAIR	
LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT ADMINISTRATIF.....	75
Par Geneviève CARTIER	
LA PRÉFIGURATION DU DROIT DE LA GÉNÉTIQUE PAR LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE : L'EXPÉRIENCE NORD-AMÉRICAINE.....	117
Par Jean-Christophe GALLOUX	
LA CONDAMNATION DE L'ASSUREUR À PAYER À SON ASSURÉ LES FRAIS EXTRAJUDICIAIRES ENCOURUS SUR L'ACTION EN GARANTIE ACCUEILLIE.....	157
Par Mark D. BANDRAUK	
Chronique : Nouveau Code civil du Québec	
DES PRIVILÈGES AUX PRIORITÉS : PLUS QU'UN CHANGEMENT DE VOCABULAIRE	175
Par Denise PRATTE	
LA PROTECTION DE L'EAU EN VERTU DE L'ARTICLE 982 C.C.Q. : PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION	191
Par Charlotte LEMIEUX	
LES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET LE NOUVEAU DROIT.....	203
Par Guy LEFRANÇOIS	
LA BONNE FOI DES PARTIES AU CONTRAT À TITRE ONÉREUX DANS L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ : RÉFORME OU STATU QUO?	215
Par François TÔTH Nathalie VÉZINA	
Chronique : Droit de la santé	
LE NOUVEAU PROCESSUS D'EXAMEN DES PLAINTES DANS LE CADRE DU RÉSEAU DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX : DOIT-ON S'EN PLAINDRE?	239
Par Yveline MARTIN	
Chronique : Règlement alternatif des conflits	
DE LA LÉGITIMITÉ DU RÈGLEMENT ALTERNATIF DES CONFLITS.....	251
Par Louis MARQUIS	

LE RÈGLEMENT DÉJUDICIARISÉ : ENTRE LA FLEXIBILITÉ TECHNIQUE ET LA PLURALITÉ JURIDIQUE.....	269
Par Claude NÉLISSE	

Chronique : Note bibliographique

« ACCIDENTS DU TRAVAIL ET MALADIES PROFESSIONNELLES 1985-1991 » ET « LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES – SYNTHÈSE ET JURISPRUDENCE SOMMAIRE »	283
Par Robert TÉTRAULT	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : NOUVEAU CODE CIVIL ET JALONS POUR L'INTERPRÉTATION :
TRADITIONS ET TRANSITIONS

Auteur(s) : Alain-François BISSON

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 1-20

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13380>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13380>

Page vide laissée intentionnellement.

NOUVEAU CODE CIVIL ET JALONS POUR L'INTERPRÉTATION: TRADITIONS ET TRANSITIONS

par Alain-François BISSON*

La réforme du Code civil est marquée au triple coin de l'unité, de la continuité et de la nouveauté de l'oeuvre législative. C'est de ces trois points de vue que, s'appuyant notamment sur la Disposition préliminaire du Code civil, les dispositions générales de droit transitoire de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, les modifications apportées à la Loi d'interprétation et les traditions civilistes d'interprétation, l'auteur propose un certain nombre de repères, non seulement pour l'interprétation du Code civil, mais pour l'ensemble de la législation civile. Il plaide en conclusion pour une conception civiliste de l'autorité du précédent, mêlée de respect et de sens critique, subordonnée au droit commun législatif et aux droits de la raison.

Unity, continuity and a search for novel solutions are the hallmarks of the recent reform of the Civil Code. From this triple perspective and basing himself on the Preliminary Provision of the Civil Code, the general transitional provisions of the «Act Respecting the Implementation of the Civil Code», the amendments to the «Interpretation Act» and the civilian tradition of interpretation, the author suggests a principled approach to interpretation, not only of the new code, but of all legislation dealing with civil law. He concludes with a plea in favour of a civilian conception of the authority of precedent, incorporating both respect and critical judgment, which subordinates judicial authority to that of the «jus commune» expressed in the written law and to the dictates of reason.

*. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Texte quelque peu remanié, raccourci mais augmenté de quelques notes et de divisions pour le repérage, d'une conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke le 26 février 1993 dans le cadre des «Conférences Marcel Guy». Soumise aux imperfections et aux risques inhérents aux lois du genre, il est à espérer qu'elle ne sera pas jugée trop indigne de celui auquel elle est dédiée, civiliste sans concession dont la méthode, exigeante et exemplaire, peut se résumer ainsi: c'est par principes, et sur des hypothèses soigneusement construites, qu'il faut raisonner.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
A. Interprétation et unité de l'oeuvre législative	5
1. Harmonie du Code civil avec la Charte québécoise	5
2. Harmonie du Code civil avec les principes généraux du droit	7
3. Le Code civil, fondement des lois particulières	8
B. Interprétation et continuité de l'oeuvre législative	10
1. Les orientations de l'interprétation: reprise des traditions	10
2. Le fond du droit: pertinence de la jurisprudence et de la doctrine antérieures	11
C. Interprétation et nouveauté de l'oeuvre législative	13
1. La solution des conflits de lois dans le temps	13
a) Portée des nouvelles règles générales de droit transitoire	13
b) Principales caractéristiques du nouveau droit transitoire	14
2) L'élucidation des textes: actualité de l'exégèse	16
a) Des définitions terminologiques inopportunes	18
b) La version anglaise du Code civil	18
c) Le recours aux travaux préparatoires	19
d) Pertinence variable de la doctrine étrangère	21
D. En guise de conclusion: pour une conception civiliste de l'autorité de la jurisprudence à venir	23

INTRODUCTION

Le titre prudent de cette conférence n'est pas l'expression d'une fausse modestie: il n'y aura point en effet ici de réponse précise aux innombrables problèmes que la pratique déjà anticipe; il ne s'agira, plus humblement, que de quelques jalons, qu'invitent à poser le poids des traditions, le jeu des transitions.

Dans les systèmes juridiques, le fond sans doute importe au plus haut point, c'est-à-dire le souci qu'on y manifeste de la justice, ce concept flou, mais impérieux, qui informe tout ordonnancement juridique digne de ce nom.

Mais la manière compte aussi et, à la base du droit civil moderne, il y a d'abord la manière législative¹: puissance de la loi qui, dans sa majesté, commande; puissance de la loi qui, dans sa sollicitude, organise!

Sur la loi qui commande, il n'est guère nécessaire d'insister: l'étendue de son empire, qu'on ait à s'en féliciter ou à s'en plaindre, selon le cas, est bien connue². Mais il y a aussi la loi qui organise et, cette fois-ci, combien (parfois) secourable!

Un code tout neuf, écrivait Planiol au début du siècle, est un outil incommode³. En effet, à la doctrine, aux praticiens, ultimement aux juges bien sûr, *il impose un travail de réadaptation et de reconstruction, autrement dit d'interprétation, pour que se perpétue et se recrée un corps de droit vivant* : travail immense et de longue haleine, dont il serait certes aventuré et irréaliste de vouloir diriger dès maintenant les résultats concrets. Mais le codificateur dans sa sagesse - oserait-on dire, avec le doyen Cornu⁴, dans sa bonté - ne nous a pas laissés sans directives.

Voici en effet la Disposition préliminaire du Code civil qui, surplombant le dispositif de détail, redonne force et légitimité aux conceptions fondamentales de la loi en système de droit civil codifié; mais voici aussi la disposition préliminaire⁵ et les dispositions générales de droit transitoire de la *Loi sur*

-
1. Cf., Pierre ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», (1992) 33 *C. de D.* 665, spécialement les développements des pages 675 et suiv.
 2. On la mesure encore dans les articles-surprises 717 et 718 de la version finale de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q., 1992, c. 57) qui, par corporations professionnelles interposées (à moins que ce ne soit celles-ci par loi interposée), renvoient arpenteurs-géomètres, notaires et avocats sur les bancs de l'école.
 3. Marcel PLANIOL, «Inutilité d'une révision générale du Code civil», dans Société d'études législatives, *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1904, p. 953, à la page 961.
 4. Gérard CORNU, «La bonté du législateur», (1989) 49 *Annales de droit de Louvain* 229.
 5. Celle-ci ne mérite toutefois pas la majuscule, pour les raisons dites plus loin.

l'application de la réforme du Code civil; voici encore des additions, et des récupérations de directives anciennes, dans la *Loi d'interprétation*⁶; voici enfin tout ce que, par son silence, le codificateur a laissé subsister de directives non écrites, léguées par les coutumes savantes du système.

Ensemble bien hétéroclite, dira-t-on, et l'on aurait pu certes souhaiter que le codificateur, plus pénétré encore de la grandeur de son oeuvre⁷, intégrât davantage dans le Code civil lui-même certains éléments essentiels de cet ensemble⁸.

Mais le temps n'est pas aux regrets, il est à la construction. Or, qui voudra bien rapprocher les pièces de cet ensemble dispersé et en dégager les traits principaux verra ses efforts récompensés par la découverte d'une *charte interprétative* lui permettant de prendre prudemment en compte, dans cette oeuvre de raison pratique qu'est la recodification de nos lois civiles, tout ce qu'on y trouve d'esprit d'unité, d'esprit de continuité et d'esprit de nouveauté.

C'est de ces trois points de vue panoramiques qu'il sera question ici d'interprétation, au risque bien évident d'être tantôt timide, tantôt téméraire, et toujours fort incomplet.

A. Interprétation et unité de l'oeuvre législative

Voici le moment venu de lire la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*:

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun.

6. L.R.Q., c. I-16.

7. Grande est son oeuvre en effet, et presque miraculeux l'état dans lequel, malgré bien des vents mauvais, elle a abouti. L'honnêteté intellectuelle la plus élémentaire commande de le dire: dans le nouveau Code civil, les qualités, parfois éclatantes, de fond et de forme, l'emportent sur les visibles défauts (au premier rang desquels demeure cette incongruité technique et conceptuelle qu'est le «patrimoine» familial).

8. Il est très difficile de comprendre les raisons, techniques ou d'opportunité, pour lesquelles le législateur est demeuré complètement sourd aux invitations fermes qui lui avaient été adressées à cet égard: cf., Marcel GUY, «Interprétation et effet temporel du nouveau Code civil», (1988) 19 R.D.U.S. 39, spécialement p. 47.

En ces matières, il constitue le fondement des autres lois⁹ qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Le code *régit*, le code *établit*, le code *constitue*: ce n'est pas un préambule, c'est une disposition; c'est la disposition organisatrice du système¹⁰. Et tout ici est appel à l'unité, mais ne retenons pour l'instant que deux maîtres mots: «*harmonie*» (double) et «*fondement*», qui refont ou confirment l'unité de l'oeuvre législative, source principale, quoique non exhaustive, de droit en système moderne de droit civil.

1. Harmonie du Code civil avec la Charte québécoise

Harmonie, d'abord, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹: cela peut étonner, tant nous sommes aujourd'hui habitués, pour ne pas dire obsédés par lui, à un contrôle combatif de la constitutionnalité des lois. Mais la Charte québécoise n'est pas seulement une loi prépondérante, tout au moins dans ses articles 1 à 38; elle est une source directe de droits dont le Code civil confirme l'existence ou aménage l'exercice; elle est aussi un instrument interprétatif, lorsque, entre deux interprétations possibles du Code civil, on est invité, par l'article 53 de la Charte elle-même expressément, et par la Disposition préliminaire implicitement, à trancher en faveur des droits prévus dans la Charte. Notre Cour d'appel l'a déjà fait, dans l'interprétation des lois ordinaires¹², et la Cour suprême en fait volontiers autant, par rapport, cette fois, à la Charte canadienne¹³.

Une fois affirmée l'harmonie entre la Charte québécoise et le Code civil¹⁴, il n'est pas sans intérêt de se demander, du point de vue de l'interprétation, si cette harmonie fait du code, par association en quelque sorte, une loi constitutionnelle ou, pour parler notre jargon peu rigoureux, une loi quasi constitutionnelle. Loi constitutionnelle, au sens le plus général du terme, le Code civil l'est certainement, si l'on entend par là, selon la formule de Georges Scelle, un corps de «règles normatives destinées à

9. En toute rigueur logique, il aurait fallu une virgule ici. Mais le sens de la phrase demeure non douteux.

10. On pourrait dire: c'est par la Disposition préliminaire que l'on entre dans le code, si cela ne sentait encore trop le préambule. En fait, avec la Disposition préliminaire, on est déjà dans le hall de la demeure.

11. L.R.Q., c. C-12.

12. Ex: *Johnson c. Commission des Affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

13. Ex: *Hills c. Canada (P.G.)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

14. Ce qui n'exclut certes pas des heurts possibles, mais, comme l'a excellemment montré Danielle PINARD, pour des raisons qui tiennent à la structure et au fond de la législation civile québécoise, la cohabitation s'annonce plutôt paisible, comme avec la Charte canadienne d'ailleurs: «Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois», (1992) 24 *Revue de droit d'Ottawa* 193, spécialement p. 209 et suiv. Il convient d'ajouter cependant que, malgré l'harmonie recherchée, et sans qu'il faille en conclure que celle-ci serait à sens unique, la position interprétative de la Charte québécoise, eu égard aux finalités qu'elle poursuit, est, par rapport au Code civil, moins dépendante que ne l'est celle du Code civil par rapport à la Charte. Ainsi a-t-il été jugé récemment que, dans l'appréciation d'actes discriminatoires, la notion d'état civil pouvait être plus largement entendue que ne l'autorise à première vue le Code civil: *Commission des droits de la personne c. Immeubles Ni/Dia inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.Q.).

traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux»¹⁵. Mais *le Code civil n'est certainement pas une loi constitutionnelle au sens technique du terme*. Malgré la nature fondamentale du Code civil pour l'organisation du système et à cause du caractère «naturel» de la fonction législative en droit civil moderne, la moindre loi, le moindre règlement, pourvu qu'ils soient constitutionnellement et légalement adoptés ou pris, peuvent déroger au Code sans formalité particulière. À cela, les exceptions significatives sont rares, et encore ne peuvent-elles être que bien relatives: il s'agit notamment de l'article 2930 du Code civil¹⁶, qui est de nature à exiger du législateur des précautions particulières de rédaction s'il veut déroger à certaines conditions d'exercice de l'action fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui.

La situation du nouveau Code civil est à cet égard théoriquement différente de celle du *Code civil du Bas Canada*, et d'ailleurs aussi du *Code de procédure civile* de 1867, auxquels l'article 10 de l'ancienne *Loi d'interprétation* de 1868^{16a} semblait bien vouloir conférer un caractère quasi constitutionnel. Rédigé dans le français martyrisé de beaucoup de lois de l'époque, cet article disait en effet ceci: «... nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelque article de l'un ou de l'autre desdits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte». La situation n'est toutefois que théoriquement différente, car, ayant survécu aux refontes successives depuis 1888 et n'ayant été formellement abrogé qu'en 1985¹⁷, cet article ne s'est jamais vu reconnaître de portée véritablement concrète par nos tribunaux, ni par nos légistes eux-mêmes, qui ne lui ont accordé - faut-il s'en étonner? - que la valeur d'une simple règle d'interprétation devant céder devant la volonté suffisamment exprimée du législateur.

2. Harmonie du Code civil avec les principes généraux du droit

Harmonie avec la Charte, mais harmonie aussi avec les *principes généraux du droit*. Il y a là une évidence qui, dans un premier mouvement, ne pourra que surprendre tout civiliste averti, lui qui sait, malgré les bases législatives de son système, que le Droit est plus grand que la loi, que celle-ci ne trouve force et justification que dans des traditions savantes et des valeurs éprouvées, qui sont comme les nerfs et le sang du système¹⁸; lui qui ne manquera pas non plus de remarquer, à la lecture du nouveau Code civil, combien nombreux y sont les principes généraux du droit désormais exprimés ou mieux mis en valeur et qui, autrefois, étaient laissés à l'esprit de découverte, ou de

15. «Le droit constitutionnel international», dans *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 501, à la page 505.

16. *Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence de donner un avis préalablement à l'exercice d'une action, ou d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.*

16a. S.Q. 1868, c. 7, art. 10.

17. *Loi portant abrogation de lois et dispositions législatives omises lors des refontes de 1888, 1909, 1925, 1941 et 1964*, L.Q. 1985, c. 37.

18. Cf., John E.C. BRIERLEY, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Québec*», (1992) 42 *U. of T. L. J.* 484, spécialement p. 500.

redécouverte, de l'interprète. Le codificateur ne se serait-il alors qu'exprimé *ex abundanti cautela*, pour dire que le code est en harmonie avec lui-même?

Il n'y a pas lieu de le croire. Cette précaution est au contraire utile et bienvenue: à l'interprète distrait, plus encore à l'interprète oublieux des forces vives de son système et qui, *horresco referens*, serait porté à limiter l'horizon de ses songes aux caractères d'imprimerie du code, *elle rappelle que des principes généraux du droit déjà connus demeurent plus ou moins inexprimés*. Ainsi en est-il, semble-t-il, pour la maxime *Nemo plus juris* (nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a soi-même) dont, sauf erreur, le code ne fournit que des applications particulières, en matière de cession de créance, de subrogation ou d'hypothèque conventionnelle, par exemple. Mais cette précaution laisse aussi la porte ouverte à des principes généraux encore inconnus que, dans l'avenir, la doctrine et la jurisprudence pourraient peut-être tirer de l'esprit du nouveau Code civil ou induire de dispositions apparemment sans lien, mais procédant d'une idée commune.

3. Le Code civil, fondement des lois particulières

Harmonie du code, enfin, avec les *lois spéciales ou particulières*. Sans doute la Disposition préliminaire change-t-elle ici de vocabulaire, mais le résultat est substantiellement le même. Que dit-elle en effet? Qu'en toutes matières où il établit le droit commun, le code constitue le fondement des autres lois, qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. La liberté du législateur par rapport au code est donc confirmée, mais, formidable économie de moyens, *le législateur est censé, sauf volonté contraire, s'en remettre, dans ses concepts, ses raisonnements, voire ses finalités, au droit commun établi par le code*¹⁹. Loin de faire de la législation générale et de la législation spéciale ou particulière des soeurs ennemies, loin de faire du droit commun et du droit d'exception des frères ennemis, la Disposition préliminaire proclame et réclame l'unité de l'oeuvre législative, sous la bannière ordonnatrice du code. Les conséquences pour la rédaction des lois, mais plus encore pour l'interprétation quotidienne des lois, devraient en être importantes.

Il faut bien comprendre en effet que le statut de la «règle»²⁰ de l'interprétation stricte des exceptions législatives n'est pas le même - et, avec la Disposition préliminaire, il l'est moins que jamais - en système de common law et en système de droit civil. *En système de common law*, c'est sans doute une règle logique, mais c'est aussi presque une *règle d'organisation politique*, et il n'est probablement pas exagéré de dire qu'elle a été ainsi effectivement perçue par les juges à certaines époques et qu'elle agit encore à ce titre sur les esprits aujourd'hui: le droit légiféré est *a priori* un élément

19. Voudrait-on la preuve que ce ne sont pas là paroles en l'air, que l'article 423 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* la fournirait aussitôt: «Dans les lois et leurs textes d'application, les notions du nouveau Code civil remplacent les notions correspondantes de l'ancien code».

20. Les guillemets s'imposent ici, car on peut imaginer facilement des exceptions qui, étant au service, tout bien examiné, d'un intérêt supérieur, doivent être pleinement appliquées: voir l'exemple donné par Gérard CORNU, *Droit civil*, 5^e éd., t. 1, *Introduction - Les personnes - Les biens*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 416, p. 139, exemple aisément transposable, sous toutes réserves de détail, aux articles 401 et suiv. C.c.Q.

perturbateur du système, dont les assises se trouvent dans le droit jurisprudentiel. *En système de droit civil*, l'interprétation stricte des exceptions est surtout une *règle d'organisation logique de l'oeuvre législative*: il y a, dans l'ensemble de l'oeuvre législative, des règles générales et des exceptions. Sans doute retrouve-t-on, dans le code, plus de règles générales que d'exceptions; sans doute retrouve-t-on, dans la législation spéciale ou particulière, plus d'exceptions que de règles générales; *mais on ne saurait déterminer le statut interprétatif d'une règle* (et *a fortiori* «le» système d'interprétation qui lui serait prétendument applicable) d'après un critère purement formel, *selon que la règle est dans le code ou à l'extérieur du code. Le critère doit être matériel.*

Établissant le droit commun, mais ne prétendant aucunement l'épuiser, le code ne se prononce pas en effet, de façon aprioriste, sur le statut interprétatif des règles posées par le législateur, *statut qui doit être recherché dans la position fonctionnelle réelle qu'elles occupent dans l'ordonnancement législatif*. C'est la raison pour laquelle le code fournira sans doute les occasions les plus nombreuses d'interprétation dynamique; la législation spéciale ou particulière, les occasions les plus nombreuses d'interprétation stricte. Mais l'inverse se présentera aussi. Il y aura, dans le Code civil, des dispositions à interpréter étroitement: ainsi, pour reprendre un exemple magnifiquement argumenté par Pierre-Gabriel Jobin, les conditions d'exercice du droit de reprise, par le propriétaire, du logement qu'il a loué²¹; il y aura, dans la législation spéciale ou particulière, des dispositions à interpréter généreusement, comme nos juridictions supérieures d'appel n'ont pas à l'occasion manqué de le faire, pour la législation du travail par exemple²².

Céder ici aux réflexes interprétatifs conditionnés de l'opposition Code (ou droit) civil - droit (ou loi) statutaire (ce qui, en même temps qu'une hérésie de vocabulaire, est une hérésie de système²³) reviendrait à trahir l'esprit d'unité qui a présidé à l'entreprise codificatrice.

Mais il faut prendre en compte aussi l'esprit de continuité.

21. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage de choses*, Montréal, Yvon Blais, 1989, n^{os} 339 et suiv., p. 748 et suiv., et spécialement le n^o 348, p. 760.

22. *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683.

23. Est-il besoin de souligner qu'on cherchera en vain les expressions «droit statutaire» ou «loi statutaire» dans le nouveau Code civil, qui leur en préfère systématiquement d'autres et, notamment, l'expression «lois particulières» («special acts» dans la version anglaise : ex. art. 300).

B. Interprétation et continuité de l'oeuvre législative

L'esprit de continuité se remarque principalement à deux égards.

1. Les orientations de l'interprétation: reprise des traditions

Continuité, d'abord, en ce qui concerne les *orientations de l'interprétation*. De quoi nous parle en effet la Disposition préliminaire? De lettre, d'esprit, d'objet, de termes exprès ou implicites. Ces mots contiennent un aveu d'incomplétude (il y a de l'implicite dans le code; le codificateur n'a pas pu, n'a pas voulu tout prévoir), mais aussi une invitation à une interprétation multidimensionnelle qui est dans le droit fil de la tradition du droit civil moderne, dont on trouvera l'exposé fondateur et, à bien des égards, définitif, dans les premières pages du Discours préliminaire de Portalis²⁴.

La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* n'est pas en reste. Elle reconduit en effet²⁵, au nouvel article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, une disposition essentielle du *Code civil du Bas Canada*, l'article 11: «Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi», deuxième aveu d'incomplétude, et d'imperfection, mais aussi appel à l'analogie, et à l'ingéniosité de l'interprète.

La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* étend par ailleurs à l'ensemble législatif, dans un nouvel article 41.1 de la *Loi d'interprétation*, les règles d'interprétation des contrats des articles 1427 et 1428 C.c.Q., qui, comme l'article 11 C.c.B.C. d'ailleurs, ont leur origine dans le droit romain, si ce n'est dans la raison universelle, et dont toute une tradition civiliste reconnaissait déjà qu'ils pouvaient recevoir application, par analogie, dans le domaine de l'interprétation des lois: «*Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet*»; appel, cette fois-ci, à l'interprétation contextuelle et à ce qu'on appelle quelquefois l'effet utile²⁶ des lois.

Ainsi voit-on se dessiner, ou se redessiner, les contours d'une méthode d'interprétation à laquelle il faudra bien donner tout-à-l'heure son nom, même si ce nom, pour ce qu'on peut penser être de fort mauvaises raisons, n'est pas en odeur de sainteté.

24. On peut le trouver désormais dans un format commode: Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, précédés de l'Essai sur l'utilité de la Codification de Frédéric Portalis, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1990, notamment les pages 1 à 15. «His speech, which should be compulsory reading in any course of legal education, underscores a fundamental feature of the civilian approach to interpretation: it is through the Code that one must reach beyond it»: John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 18, 497.

25. Art. 603.

26. Expression opportunément remise à l'honneur par Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 259.

2. Le fond du droit: pertinence de la jurisprudence et de la doctrine antérieures

À la continuité dans les orientations de l'interprétation, se joint une continuité quant au *fond du droit*²⁷. Cela n'est pas vraiment, ni très utilement, quantifiable, mais on peut estimer que les deux tiers peut-être, plus ou moins, des dispositions du nouveau code reprennent en substance le droit existant sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, qu'il s'agisse des dispositions législatives elles-mêmes ou de solutions jurisprudentielles ou doctrinales qui y sont rattachées.

Cela pose bien sûr la question de savoir s'il est alors permis de recourir à la jurisprudence et à la doctrine antérieures pour interpréter le nouveau code. Il n'est certes pas illégitime de penser que, le codificateur étant censé connaître le droit existant, il a entendu ne pas condamner a priori l'appareil d'interprétations qui l'environnait, et la réponse à notre question doit être assurément positive²⁸.

Une mise en garde s'impose cependant, sur laquelle on ne saurait trop insister. Toute codification véritable, comme celle devant laquelle nous sommes, produit ce qu'une voix des plus autorisées a appelé, avec un particulier bonheur, un *effet de codification*²⁹.

Effet de codification: de quoi s'agit-il? Tout simplement du fait, comme le dit la Disposition préliminaire, que «*le code est constitué d'un ensemble de règles*», que le Code est donc un tout censé cohérent dont chaque disposition, pour paraphraser un arrêt célèbre de la Cour suprême³⁰, est solidaire de l'ensemble dont elle fait partie, ou encore, comme le disaient déjà les codificateurs de 1866, d'un système dont toutes les parties sont rattachées les unes aux autres avec soin³¹. Or, et c'est pourquoi *il faut se garder de tout automatisme dans l'utilisation de la jurisprudence et de la doctrine antérieures*, il se peut qu'une disposition reproduisant apparemment une disposition ou une solution ancienne voit sa portée plus ou moins modifiée par la présence, autour d'elle, de règles

27. La «volonté ... de conserver du droit existant tout ce qu'il n'était pas nécessaire de changer» était déjà visible dans le projet de Code civil de l'O.R.C.C.: Paul-A. CRÉPEAU, *Préface*, dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXX.

28. On peut noter, d'ailleurs, qu'un éditeur annonçait déjà récemment la parution d'un Code civil du Québec annoté, comportant des références, parfois passablement anciennes, à la jurisprudence et à la doctrine antérieures.

29. Gérard CORNU, «Codification contemporaine: valeurs et langage», dans *Codification, valeurs et langage*, Actes du colloque international de droit civil comparé, Conseil de la langue française, Université McGill et Université de Montréal, 1985, p. 31, 42.

30. *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472.

31. *Code civil du Bas Canada, Sixième et septième rapports et rapport complémentaire*, Québec, Desbarats, 1865, p. 263.

partiellement ou entièrement nouvelles³², par un emplacement nouveau, par un agencement nouveau³³.

Mais nous voici alors déjà parvenus à la prise en compte de l'esprit de nouveauté, qui mérite une attention toute particulière.

C. Interprétation et nouveauté de l'oeuvre législative

Outre donc, parfois, une organisation nouvelle des matières, on trouve aussi, dans le code, des dispositions, des sections, des chapitres, des titres, voire des livres, partiellement ou entièrement nouveaux, en matière de fiducie, de sûretés, de droit international privé, pour ne prendre que quelques exemples parmi les plus visibles.

Ces nouveautés placent l'interprète, en plus de l'obligation professionnelle de les apprendre, devant au moins deux tâches supplémentaires, qui vont le mettre dans la nécessité de vivre comme une sorte de printemps de l'interprétation.

1. La solution des conflits de lois dans le temps

Il convient de déterminer d'abord *la portée à donner dans le temps* à ces nouveautés. Le législateur est intervenu ici en écartant la théorie classique des droits acquis et en optant résolument, quoique sous certaines réserves, pour la théorie «moderne» de l'effet immédiat de la loi nouvelle, si l'on peut appeler moderne une théorie dont on perçoit les linéaments dans le droit romain impérial, et qui a trouvé son expression doctrinale la plus autorisée, il y a déjà plus de soixante ans, dans les premiers travaux du grand juriste français Paul Roubier³⁴.

La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* déploie ce nouveau système de droit transitoire dans un nombre considérable de dispositions de détail, mais surtout dans quelques dispositions générales et, à vrai dire, fondamentales, qui sont les seules qui retiendront ici brièvement notre attention et dont il faut à leur tour apprécier la portée et la signification.

a) Portée des nouvelles règles générales de droit transitoire

Quant à la *portée* des règles générales, la question est évidemment de savoir si ces imposantes dispositions s'appliquent seulement à la réforme du Code civil et aux

32. Ex: à la seule lecture des articles 75 et 76 C.c.Q., rien ne semble substantiellement changé aux règles gouvernant la détermination volontaire du domicile. Mais ce n'est pas si sûr, vu la «nouvelle» définition, d'ailleurs mal venue, que l'article 77 donne de la résidence et qui modifie de façon subtile, mais certaine, l'élément matériel du domicile.

33. Ex: La prohibition des testaments conjoints, énoncée à l'article 841 C.c.B.C. à propos de la forme des testaments, est désormais énoncée à l'article 704 al. 2 C.c.Q. à propos de la *nature* des testaments, ce qui modifie les données de la controverse jurisprudentielle et doctrinale concernant la qualification de cette sorte de testament en droit international privé.

34. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960. La première édition date de 1929.

modifications corrélatives apportées par la même occasion au *Code de procédure civile* et à diverses lois particulières, ou si elles ont vocation à s'appliquer aussi aux modifications futures du Code civil et de la législation spéciale ou particulière qui est dans la mouvance du Code civil.

La position apparente du législateur à cet égard est, pour dire le moins, déconcertante, si ce n'est intellectuellement décourageante. Après qu'il a été déclaré dans les notes explicatives de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* qu'il s'agit là de principes généraux (et, en effet, certains d'entre eux, comme la non-rétroactivité des lois, sont même des principes généraux *du droit*), voici que la lettre de la disposition préliminaire (article 1^{er}) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* semble restreindre la portée de ces principes généraux à la seule réforme actuelle du Code civil et aux modifications de la législation particulière qui en découlent immédiatement³⁵.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur les techniques législatives élémentaires qui auraient permis de donner à des principes généraux aussi importants la place qui leur revenait, mais on se prend seulement à espérer que les tribunaux n'hésiteront pas, malgré les sérieuses réserves qu'appellent parfois ces principes, à leur conférer une portée future plus grande que celle que l'article 1^{er} de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* apparemment leur accorde et ceci pour plusieurs raisons, de texte, de contexte et de cohérence du système, dont une seule paraît à tout prendre suffisante: le Code civil est le fondement de la loi d'application, qui n'en est après tout qu'un ajout, et on ne concevrait guère que ce qu'il fonde ne soit pas applicable à ses propres modifications futures, ainsi qu'à celles des autres lois dont il est aussi le fondement.

b) Principales caractéristiques du nouveau droit transitoire

Quant à la *signification* essentielle du nouveau système de droit transitoire, elle tient en somme en trois propositions, qui correspondent aux articles 2 à 4 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*:

1° *La loi n'a pas d'effet rétroactif*, elle ne dispose que pour l'avenir; règle cardinale reprise du Code Napoléon, portée par une tradition occidentale universelle et constamment réaffirmée par nos tribunaux;

2° Étant entendu qu'en principe, la loi n'a pas d'effet rétroactif, *elle s'applique cependant immédiatement aux situations juridiques en cours au moment de sa mise en vigueur*. C'est ici que la séparation avec la théorie classique apparaît en pleine lumière: à la présomption simple de respect des droits acquis, longtemps confondue d'ailleurs, et à tort, avec la présomption de non-rétroactivité, succède une idée

35. Si, selon l'alinéa 2 de l'article 1er, «le chapitre premier pose les règles générales de droit transitoire», l'alinéa 1er déclare en effet que «les dispositions du présent titre ont pour objet de régler les conflits de lois résultant de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et des modifications corrélatives apportées par la présente loi».

en quelque sorte opposée, qu'on pourrait exprimer ainsi: *il n'y a pas de droits acquis à l'encontre de la loi*;

3° Néanmoins, sous certaines réserves, il n'y aura pas d'application immédiate de la loi nouvelle, en matière supplétive, aux situations contractuelles en cours. Il y a alors *survie de la loi ancienne*.

C'est ici, à vrai dire, que les choses ont failli sérieusement se gâter, et il n'est pas certain qu'elles se soient vraiment arrangées. Tenté par une vision prométhéenne de la fonction législative, enchanté par les sirènes technocratiques de la doctrine de pointe du droit transitoire européen³⁶, *le législateur avait d'abord proposé que la loi nouvelle s'appliquât indistinctement à toutes les situations juridiques en cours, y compris aux situations contractuelles*: véritable hérésie de système, puisqu'on heurtait ainsi de front l'économie même du nouveau Code civil, qui maintient les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats, cette proposition traduisait en outre une incompréhension profonde du rôle du droit supplétif en droit civil codifié³⁷.

Revenu à un peu plus de civilité, *le législateur est toutefois loin d'avoir tout abandonné de ses intentions premières*. Sous réserve d'un certain nombre d'exceptions prévues par les dispositions particulières de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, l'article 4 al. 2 prévoit que la loi nouvelle s'appliquera quand même immédiatement à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction. Le législateur est par ailleurs resté sur ses positions quant aux dispositions impératives de la loi: selon l'article 5, toute stipulation d'un acte juridique³⁸ contraire à de telles dispositions est privée d'effet pour l'avenir. En vérité, cela est inquiétant, non seulement parce que, malgré son langage apparemment prospectif, *cette règle générale comporte des ferments de rétroactivité en contradiction avec l'article 2*, mais parce que les lois impératives ne forment pas un ensemble homogène. Il y a des ordres publics fondamentaux, qui n'ont d'ailleurs pas forcément besoin du secours exprès de la loi, et il y a des ordres publics d'opportunité; il y a des ordres publics politiques, au sens noble du terme, et il y a des ordres publics économiques, interventionnistes, et au sein de ceux-ci, des ordres publics de protection et des ordres publics de direction, ces derniers étant parfois tributaires de fantaisies conjoncturelles³⁹.

36. Voir en particulier la thèse de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1977, 267 p.

37. Cette incompréhension éclatait dans l'article 5 du projet. Et elle persistait, semble-t-il, le 2 décembre 1992: Assemblée nationale du Québec, *Journal des Débats, Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions*, 2^e session, 34^e législature, (Québec), 2 décembre 1992, C.I.-697, 2^e col., *in fine*.

38. L'empire de la loi nouvelle est en fait ici encore élargi: l'article 4 du projet ne visait, en effet, que les stipulations contractuelles.

39. Les lignes générales de la classification proposée sont empruntées à Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, Paris, P.U.F., 1962, n° 115, p. 487.

Quoi qu'il en soit, il n'est guère douteux que le droit transitoire contractuel, en particulier, soulèvera des difficultés d'interprétation et que les tribunaux, dans des cas - frontières⁴⁰, auront à se demander ce qu'il convient de faire prévaloir: la conception un peu trop ardente que le législateur se fait de l'empire temporel et des vertus de la loi nouvelle ou la valeur que le Code civil, généralement plus modéré, attache encore à la liberté et à la stabilité des relations juridiques.

Ces considérations conduisent naturellement à la deuxième tâche qui attend l'interprète et à la question de la *méthode* selon laquelle il procédera, dans un premier temps tout au moins, à l'interprétation de cet ensemble de nouveautés, directes ou indirectes, en présence duquel le met le nouveau Code civil.

2) L'élucidation des textes: actualité de l'exégèse

Qui a peur de l'exégèse? La méthode exégétique est certes décriée, mais c'est parce qu'on la confond avec sa caricature; non seulement parce qu'on la confond, mais parce qu'on veut parfois la confondre⁴¹. «Méthode étroitement exégétique» (ou «méthode étroitement textuelle», c'est tout comme), c'est presque devenu un terme d'injure. Il s'agit pourtant de tout autre chose qu'une soumission aveugle au texte de la loi; il s'agit d'une méthode psychologique, qui consiste à découvrir, mais aussi à poursuivre éventuellement l'intention du codificateur⁴².

À propos de cas (cette précision est capitale), la méthode, pour reprendre trois éléments de la Disposition préliminaire, part sans doute de la lettre (et de quoi diable pourrait-on partir, quand il s'agit de dispositions encore dans leur jouvence?), mais c'est pour en approfondir l'esprit, en l'éclairant au besoin par l'objet sur lequel s'est portée l'attention du codificateur. Il faut aller en somme à la raison de la loi et rien ne s'oppose évidemment dans cette méthode à ce que l'on recoure, librement et cumulativement, au contexte, à l'analogie, aux explications de la doctrine, aux travaux préparatoires et

40. Selon l'article 1433 C.c.Q., un contrat peut avoir pour objet, principal ou accessoire, d'éteindre des obligations ou des droits réels. En cas de stipulations incomplètes, où se situe la règle? Du côté de l'article 4 al. 1 (effets du contrat, survie de la loi ancienne)? Du côté de l'article 4 al. 2 (extinction, application de la loi nouvelle)? Encore faut-il présumer, pour que la question se pose, que des stipulations même complètes échapperaient à l'emprise de l'article 4 al. 2: rien n'est moins sûr.

41. Malgré bien des précautions oratoires, cette volonté apparaît encore, récemment, chez Gérard TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 106; *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, p. 62 et suiv. (au moins ces écrits, au demeurant des plus brillants, ne passent-ils pas la méthode exégétique sous silence...). On pourra lire, à titre de contrepoids: Philippe RÉMY, «Éloge de l'exégèse», R.R.J. 1982-2, v. VII-13, p. 254; Gérard CORNU, *op. cit.*, note 20, n° 386 à 417, p. 130 à 139 (dix pages qui, en vérité, contiennent ce qu'il suffit à l'interprète civiliste de «savoir»).

42. *Exêgo*, étymologiquement, c'est conduire (la lettre) hors, c'est gouverner (le sens); c'est expliquer, c'est-à-dire déployer. La méthode est *active*, comme on le vérifie aussi dans d'autres disciplines que le droit: cf., Claude GEFFRÉ, «L'herméneutique chrétienne», dans *L'état des religions dans le monde*, Paris et Montréal, La Découverte, Le Cerf, Boréal, 1987, p. 449 et suiv. spécialement p. 450.

même, en cas de lacune importante, à l'équité, à condition de ne pas entendre par là le sentiment purement subjectif de la justice de l'interprète, mais la recherche attentive de ce que le législateur aurait dû, ou en tout cas, pu raisonnablement vouloir, s'il avait pu avoir présent à l'esprit le cas inattendu.

Le maniement d'un nombre aussi colossal de moyens exige de l'interprète une formidable sagacité dont on n'aura pas la prétention de vouloir ici enseigner le secret. Pas davantage ne paraît-il utile de s'étendre sur un certain nombre de mécanismes intellectuels accessoires à la méthode, qu'on affuble volontiers pompeusement du nom de règles d'interprétation, alors qu'il ne s'agit généralement que de procédés instinctifs de raisonnement.

On se contentera donc d'attirer l'attention sur quelques questions possibles, en allant des plus faciles aux plus difficiles.

a) Des définitions terminologiques inopportunes

On peut se demander d'abord quel est le poids à accorder à certaines *définitions terminologiques*, lorsque le codificateur, fort mal avisé à cet égard, a imposé un sens artificiel à certains mots. Le cas le plus patent est celui de l'article 2847 al. 2 du Code civil selon lequel la présomption légale qui concerne des faits présumés est simple, et celle qui concerne des faits réputés est absolue. Qu'est donc allé faire le codificateur dans cette galère? La difficulté est, en effet, que le codificateur ne s'en est pas toujours tenu à cette façon d'exprimer les présomptions, soit qu'il ait oublié ses propres directives, soit qu'il en ait été empêché par le mouvement naturel de la langue. *Le codificateur a donc, pour beaucoup de cas, parlé pour ne rien dire.* Mais il y a plus grave encore: dans certains cas, il s'est carrément trompé, employant le mot «présumé» pour des présomptions susceptibles d'acquiescer un caractère irréfragable, employant le mot «réputé» pour des présomptions dont le bon sens impose qu'elles n'aient qu'un caractère simple. Il en est ainsi notamment à l'article 1632, en matière d'action paulienne (désormais appelée action en inopposabilité), qui, reproduisant la substance du *Code civil du Bas Canada*, «répute» frauduleux certains actes, rendant ainsi irréfragable une présomption qui devrait pouvoir être combattue par une preuve contraire⁴³. Il y a donc fort à parier que les tribunaux pourront être conduits à ne pas voir dans l'article 2847 al. 2 une disposition absolument contraignante, ce que confirme d'avance ironiquement le législateur lui-même qui, reconnaissant qu'effectivement il a parlé pour ne rien dire, à l'article 142 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, qualifie l'article 2847 al. 2 de «règle d'interprétation».

b) La version anglaise du Code civil

Quel est le poids à accorder à la *version anglaise du code*? Celui de la *loi* évidemment, car, pour chaque article du code, il n'y a pas en effet deux dispositions, l'une en français, l'autre en anglais, mais une seule disposition exprimée dans les deux

43. Sur toute la question, voir: Léo DUCHARME, «Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*», (1992) 23 R.G.D. 5, 44 et suiv.

langues. On entend pourtant parfois des choses fort étranges à ce sujet et, notamment, que seule la version française du Code civil serait officielle. Cette opinion, ou cette croyance, se heurte à des obstacles infranchissables: l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'interprétation rigoureuse qu'en a donnée la Cour suprême du Canada en matière de langue de la législation. La méprise vient sans doute de l'article 40.1 de la *Loi d'interprétation*, qui donne préséance à la version française, en cas de divergence entre les deux versions. Mais il est clair que, si cet article devait avoir une portée absolue, il serait manifestement inconstitutionnel^{43a}. Constatons seulement que s'il est arrivé exceptionnellement à la Cour d'appel de s'en servir en passant comme argument de soutien⁴⁴, les tribunaux n'ont pas non plus hésité à l'occasion à en écarter expressément l'application, lorsque, à tort ou à raison, ils ont estimé que c'était la version anglaise qui traduisait le plus fidèlement l'intention du législateur⁴⁵.

c) Le recours aux travaux préparatoires

Il arrive aussi, pour paraphraser ce que Jacques Prévert disait d'un grand photographe⁴⁶, que ce soit à l'imparfait de l'objectif que le codificateur conjugue le verbe légiférer. Quel est alors le poids⁴⁷ à accorder aux *travaux préparatoires*? A vrai dire, celui, variable, que les tribunaux voudront bien lui accorder et qui, en toute hypothèse, ne saurait être celui d'une contre-autorité à la loi. Mais la question est bien celle de leur poids et non de leur recevabilité.

Il convient d'y insister, non seulement parce que, pour les civilistes, rien n'est plus logique, comme l'a déclaré une fois la Cour supérieure⁴⁸, que d'élucider un texte de loi par les travaux préparatoires, mais aussi parce que l'on ne mesure pas toujours à quel

43a NOTE: Depuis que cette conférence a été prononcée, la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, a abrogé (art. 64) l'article 40.1 de la *Loi d'interprétation* et confirmé (art. 1^{er}), s'il en était besoin, l'égale valeur juridique des deux versions des textes législatifs (art. 7 nouveau de la Charte de la langue française). La version française n'a préséance, en cas de divergence, que pour les textes soustraits à l'application de l'article 133 la *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 8 nouveau de Charte de la langue française).

44. *Gagnon c. Southam Inc.*, [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.).

45. *Droit de la famille - 1165*, [1988] R.D.F. 160 (C.S.).

46. C'est ce même photographe (Robert Doisneau) qui, leçon de photographie, mais aussi de législation et d'interprétation, déclarait récemment familièrement, au cours d'une émission télévisée d'outre-Atlantique: «Il ne faut pas que les choses soient parfaites. Il faut qu'il y ait toujours un peu de jeu, un peu d'imperfection humaine ... Il faut un petit côté foireux, car c'est dans le foireux que l'émotion vient se nicher. Le foireux, c'est l'inattendu, c'est le pied qu'on laisse dans la porte, pour laisser entrer le hasard bienveillant, incontrôlé. La photo, c'est un des métiers où cette intrusion du hasard donne son caractère à la photographie ... Longtemps, j'ai travaillé avec un objectif trop court (on n'avait pas de téléobjectif). Des gens entraient dans le cadrage et qu'on ne souhaitait pas. Avec les années qui ont passé, c'est tous ces petits personnages dans les franges de la photo qui deviennent très intéressants».

47. Avant d'en venir peut-être, tôt ou tard, à une réactualisation ou à une invention des objectifs. Voir à ce sujet diverses contributions dans: Association internationale de méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, travaux préparatoires et actes du congrès des 10-12 septembre 1990 à Louvain-la-Neuve, 2 vol., Bruxelles, Story-Scientia, 1990 et 1992.

48. *Commission du salaire minimum c. Université du Québec à Montréal*, [1980] C.S. 698.

point l'attitude des juridictions supérieures d'appel, spécialement de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada, a évolué ces dernières années sur cette question. Les fantômes de l'arrêt *Reader's Digest* de 1961 hantent encore les esprits, alors que la règle serait plutôt aujourd'hui que les tribunaux prendront connaissance, *même d'office*, des travaux préparatoires⁴⁹. Constatons seulement, en ce qui concerne les rapports des codificateurs (qui, pour le nouveau code, prendront la forme, semble-t-il, de commentaires officiels détaillés⁵⁰, s'ajoutant aux travaux antérieurs de l'Office de révision du Code civil et les reprenant pour partie), que *dans deux arrêts successifs récents*⁵¹, la Cour suprême a encore consulté les rapports des codificateurs de 1866 et les sources qu'ils avaient citées, sans qu'il lui soit un seul instant paru nécessaire de se justifier de recourir à ce procédé. Constatons aussi, en ce qui concerne les travaux parlementaires, qu'en 1984, la Cour suprême déclarait que «*les tribunaux tiennent compte de ces documents non pas pour déterminer l'interprétation à donner aux termes employés par le législateur, mais seulement pour déterminer les buts du législateur et les maux avec lesquels il était alors aux prises*».⁵² Il est très difficile, en droit et en fait, de comprendre pourquoi on se donnerait la peine de rechercher les buts poursuivis par le législateur, si ce n'est précisément pour interpréter les termes qu'il a employés⁵³, et pourquoi, distinction vraiment bizarre, le travail sur la lettre de la loi serait de l'interprétation, alors que le travail sur les objectifs n'en serait pas, mais le résultat est là : *les tribunaux tiendront éventuellement compte des travaux préparatoires*. Parmi ceux-ci, il en est d'ailleurs qui peuvent avoir une force objective plus considérable que d'autres : il en est ainsi, en particulier, des états successifs des textes, de l'évolution de leur rédaction au cours du processus d'élaboration parlementaire. Un seul exemple suffira : c'est la différence notable de rédaction entre l'article 1453 al. 2 du *Code civil du Québec* au stade de sa présentation, en 1990, et l'article 1457 al. 2 finalement adopté en 1991, dont la rédaction n'aurait sans doute pas déplu à René Savatier notamment⁵⁴. La rédaction de départ, qui reposait sur l'exigence d'une faute dans le manquement à un devoir, aurait pu laisser croire peut-être à une volonté de rapprochement avec la *common law* canadienne en matière de *torts*, ce qui aurait constitué une véritable régression du concept civiliste de la faute ; la rédaction finale, qui assimile la faute au manquement même à un devoir, invite au contraire fortement à conclure que le codificateur n'a pas entendu, pour l'essentiel, s'écarter du droit existant.

49. Voir en particulier la formule très étudiée de l'arrêt *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), formule reprise en substance dans plusieurs arrêts subséquents de la même cour.

50. On ne devrait pas s'arrêter au fait qu'étant publiés après coup, ce sont plutôt des travaux «postparatoires». On ne peut ignorer en effet que leur élaboration a accompagné celle de la version finale du projet de Code et, en toute hypothèse, il s'agit d'une forme diminuée d'interprétation authentique, à laquelle il faut pour le moins accorder le poids d'une doctrine autorisée.

51. *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705 ; *Canadian Indemnity c. Canadian Co. Johns-Manville*, [1990] 2 R.C.S. 549.

52. *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, 684.

53. Voir d'ailleurs *R. c. Mailloux*, [1989] 89 N.R. 222 (C.S.C.).

54. *Cf., Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, t. 1, n° 4, p. 5.

d) Pertinence variable de la doctrine étrangère

Quel poids faut-il enfin accorder à la *doctrine étrangère, voire internationale*, telle qu'elle s'exprime chez ses auteurs et dans sa jurisprudence, lorsque le codificateur s'en est *manifestement inspiré*, ce qui demeure vrai au premier chef pour le droit français (vu que le nouveau Code reprend en majorité les mécanismes de l'ancien et réemprunte occasionnellement au droit français contemporain), mais ce qui est vrai aussi çà et là pour divers instruments internationaux, pour les droits dits anglo-saxons, pour les droits sud-américains, pour le droit suisse, pour le droit allemand, pour le droit italien, pour le droit hongrois et bien d'autres? Il ne semble pas que l'on soit tenu *a priori* de connaître cet océan d'autorités potentielles et encore moins de s'en rapporter systématiquement à celles-ci, comme l'aurait peut-être voulu Frederick Walton⁵⁵. Mais les plaideurs, si toutefois, dans certains cas, ils sont polyglottes et documentalistes à plein temps, ne manqueront pas d'y recourir s'ils y trouvent leur intérêt et la question de la pertinence et du poids de ces autorités se posera donc inévitablement.

On ne peut guère ici qu'énoncer *une mise en garde qui n'est pas sans analogie avec celle qui a été énoncée à propos du recours à la jurisprudence antérieure*. Ce qu'on peut et, éventuellement, ce qu'il faudra aller chercher dans la *doctrine étrangère*, ce sont des idées, des principes d'explication, des illustrations, dans le seul but d'aider à rendre justice aux volontés certaines ou présumées du codificateur. *Il ne saurait être question d'aller y chercher mécaniquement des autorités contraignantes, des solutions toutes faites, sans souci de leur harmonie avec l'économie générale du nouveau code*. Prudence et indépendance d'esprit s'imposent donc. Et la raison en est de nouveau que l'effet de codification peut modifier plus ou moins profondément des traits importants d'une institution d'inspiration étrangère. La raison en est aussi que, même certaine, la filiation avec l'institution étrangère peut n'être que *fonctionnelle* et non pas essentielle.

L'exemple de la nouvelle fiducie doit à cet égard être notamment souligné. De ce qu'elle poursuit certaines finalités semblables à celles du *trust* et de ce que sa définition rejoint intentionnellement celle de la *Convention de la Haye* relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance de 1985, manifestement conclue pour accommoder principalement, mais pas exclusivement, les systèmes de droit anglo-saxons, *on ne saurait conclure que la common law soit a priori un cadre légitime d'interprétation de la nouvelle fiducie québécoise*. Le recours interprétatif à la common law se heurte en effet, à première vue, à au moins trois obstacles de taille : la théorie retenue est celle des *patrimoines d'affectation* dont les fondements doctrinaux sont

55. Frederick Parker WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 130 et suiv.; pour la version française voir : *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Introduction et traduction par Maurice TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 119 et s. Sa «douzième règle» d'interprétation, déjà intenable au début du siècle, comme le démontrent les multiples nuances qu'il est obligé d'y apporter et alors qu'il ne s'agissait que du droit français et du droit anglais, est encore plus intenable aujourd'hui, vu la diversification considérablement accrue des sources matérielles du nouveau Code civil et le caractère fortement «intégré» de celui-ci.

civilistes, qu'il s'agisse de la doctrine civiliste continentale ou, d'ailleurs, d'une partie de notre propre doctrine civiliste; ensuite, cette théorie ne repose pas sur la division, essentielle en *common law*, du titre en *legal* et *beneficial*; et enfin, ce n'est pas le moindre obstacle, c'est une règle d'ordre public, énoncée par l'article 2 al. 2 du nouveau Code civil, que le patrimoine peut faire l'objet de divisions ou d'affectations, mais dans la seule mesure prévue par la loi⁵⁶.

D. En guise de conclusion: pour une conception civiliste de l'autorité de la jurisprudence à venir

Au terme de ces considérations diverses, il semble que quelque chose manque encore à l'édifice. Le printemps de l'interprétation est, en effet, l'annonce de floraisons et de fructifications. Il y aura un printemps, mais il y aura un été, et cette annonce soulève une question dont il faut dire quelques mots: c'est celle du poids à accorder à la *jurisprudence à venir*.

Question délicate en vérité. Elle n'est pas de savoir si les tribunaux ont un *pouvoir créateur*. Ils l'ont à l'évidence et, à qui en douterait encore, il suffira de relire l'article 11 C.c.B.C., devenu l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, par lequel le législateur permet, mais aussi ordonne, au juge de créer, en cas d'insuffisance, de silence ou d'obscurité de la loi.

La question est celle de *l'autorité* à accorder aux créations jurisprudentielles et il faut ici être également clair.

Que le *stare decisis*, au sens rigide et simpliste où on l'entend trop souvent⁵⁷, ne puisse pas exister en système de droit civil codifié, cela aussi est évident. *Le processus fondamental d'expression du droit commun y est législatif, et non jurisprudentiel; c'est le code qui établit le droit commun, ce n'est pas la jurisprudence; le code est, au système de droit civil, ce que le stare decisis est au système de common law.*

Pourtant, comme l'écrivait déjà Portalis, «chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt [...] de décisions [...] qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances

56. Sur ces obstacles, deux études récentes sont particulièrement éclairantes: Sylvio NORMAND et Jacques GOSSELIN, «La fiducie du Code civil: un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise», (1990) 31 *C. de D.* 681; Madeleine CANTIN-CUMYN, «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique», *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, chron. XXIII, p. 117.

57. Et c'est un paradoxe consternant qu'il soit parfois plus rigide et plus simpliste entendu par des interprètes «civilistes» que par certains common lawyers de grande tradition: «The Law of England would be a strange science indeed if it were decided upon precedents only». (Lord Mansfield, dans l'arrêt *Jones v. Randall*, (1774), 1 Cowp. 37).

acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation»⁵⁸.

La question qui se pose alors à l'interprète civiliste est de savoir s'il se trouve devant un *vrai supplément de la législation*, dont il ne saurait s'écarter sans faire valoir de solides raisons, amenées par un approfondissement réel de la réflexion ou par la force de circonstances nouvelles. La réponse des civilistes est ici encore claire: il faut être devant une *jurisprudence constante*⁵⁹, ce qui peut s'entendre toutefois de deux façons.

Jurisprudence constante, cela peut s'entendre d'abord, comme le disait encore Portalis, «d'une suite non interrompue de décisions semblables»⁶⁰, c'est-à-dire de la *solution* constamment donnée au regard de certains faits eux-mêmes constants, la répétition étant alors, en première analyse, révélatrice d'un «sentiment ambiant du droit immédiatement identifié et révélé»⁶¹.

Mais, jurisprudence constante, cela peut s'entendre aussi, surtout bien sûr si elle émane d'une juridiction supérieure d'appel, *d'une seule décision, si elle est convaincue et convaincante*. La constance est alors une question de qualité des *motifs* et l'interprète civiliste n'accordera pas alors, dans ces motifs, autorité à n'importe quoi: par exemple, il n'accordera pas la même autorité (si même il ne leur accorde une autorité nulle) à certains motifs, hétéroclites et incertains, de l'arrêt *Daigle*⁶², qu'à certains motifs, soigneusement pesés et déployant le système de droit civil dans toutes ses virtualités, de l'arrêt *Soucisse*⁶³. Ce n'est pas n'importe quelle hirondelle judiciaire qui peut faire un printemps jurisprudentiel, encore moins un été jurisprudentiel.

Car, en toute hypothèse, c'est la raison qui doit faire autorité, et non l'autorité faire raison⁶⁴. Cela vaut pour la jurisprudence, mais cela vaut aussi, au fond, pour le législateur, dont la jurisprudence, lorsqu'elle reste dans son office de raison, est un précieux garde-fou.

La raison: la notion, comme tout ce qui est essentiel, est impalpable et, de nos jours, entourée de bien des suspensions. Par-dessus les assauts philosophiques, voyons-y seulement, en toute simplicité, cet esprit de réflexion, d'attention, de modération et de libre examen, sans lequel nous aurions peut-être un Code civil et une jurisprudence, mais point de *droit* civil.

58. *Op. cit.*, note 24, p. 8.

59. *Cf.*, Pierre-André CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 518.

60. *Op. cit.*, note 24, p. 9.

61. Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 163 (L'ouvrage tout entier est du plus grand intérêt).

62. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

63. *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

64. On ne dit ici décidément rien de bien neuf. Parmi de nombreuses déclarations intermittentes de célèbres juges d'appel à ce sujet, sans doute suffira-t-il de rappeler celles du juge Bernard Bissonnette dans l'arrêt *Bellefleur c. Lavallée*, [1957] R.L. 193, 204 (C.A.).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT

Auteur(s) : Luc MORIN, Claude BOISCLAIR

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 27-73

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13388>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13388>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT

par Luc MORIN*
Claude BOISCLAIR**

La promulgation des lois pour la protection des enfants a été suivie en Amérique du Nord par l'identification d'un plus grand nombre de situations d'abus sexuels chez l'enfant. Dans un certain nombre de cas cependant, les propos de l'enfant ou du parent dénonçant l'abus sexuel se sont révélés non fondés. La crédibilité d'un enfant s'évalue en tenant compte de plusieurs facteurs de compétence intrinsèque à l'enfant, d'une multitude de facteurs propres à chacune des situations ainsi que des motifs possibles ayant conduit l'enfant ou l'adulte à signaler un abus sexuel.

In North America, child protection laws have translated into a large number of newly identified cases of child sex abuse. In many instances however, the allegations of sexual abuse from children or parents could not be substantiated and on occasion, the allegations were false. The evaluation of the child and the parent in cases of suspected sexual abuse requires not only taking into consideration various circumstances particular to each situation, but also potential motivational factors which could have lead the child or the parent to allege sexual abuse.

*. Médecin et professeur au Département de psychiatrie de l'Université McGill et Directeur du Programme de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'hôpital Douglas.

**. Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Carmen Lavallée, qui vient de compléter sa formation professionnelle au Barreau du Québec, a agi comme assistante de recherche pour les aspects juridiques.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	29
CHAPITRE I	
LA NÉCESSITÉ D'UNE UTILISATION JUDICIEUSE DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT	30
A) L'abus sexuel, mythes et réalités	30
1- La fréquence des abus sexuels, une évaluation difficile	31
2- Les conséquences possibles d'une évaluation déficiente en matière d'abus sexuels	32
B) La fiabilité des déclarations de l'enfant	36
1- La suggestibilité et les stades de développement de l'enfant	36
2- La mémoire contextuelle de l'enfant	37
3- Bref rappel de l'évolution des tribunaux concernant les déclarations faites par des enfants	40
4- Les modifications législatives relatives à la recevabilité des déclarations faites par l'enfant à un tiers.	43
CHAPITRE II	
LES LIMITES DE L'EXPERTISE EN MATIÈRE D'ABUS SEXUEL	49
A) La fiabilité relative des techniques diagnostiques	50
1- Les profils de l'enfant victime d'abus sexuel et de l'agresseur	50
2- Les évaluations par tests psychologiques	52
3- Les dessins d'enfants	53
4- Les poupées sexuées	54
B) Les comportements typiques de l'enfant et abus sexuels: une corrélation peu sûre	58
C) Le rôle du témoin expert	60
1- La recevabilité et l'admissibilité des témoignages des témoins experts par les tribunaux	60
a) La recevabilité du témoignage d'un expert	61
b) L'admissibilité du témoignage d'un expert	63
2- Les qualités d'une expertise valable	67
CONCLUSION	71

INTRODUCTION

L'augmentation des situations où l'on soupçonne que des enfants sont victimes d'abus sexuels résulte à la fois d'une plus grande sensibilisation de la société et des lois qui obligent les citoyens à signaler ces situations. Toutefois, l'étude des signalements d'abus sexuels et des circonstances qui sont à l'origine de ceux-ci nous amène à constater que bon nombre¹ d'entre eux ne sont pas retenus par le directeur de la protection de la jeunesse ou par le tribunal saisi du dossier, parce que l'enquête sociale ou judiciaire n'en a pas démontré le fondement à cause de l'insuffisance de la preuve, de l'incapacité de l'enfant à témoigner, de la non-crédibilité des témoignages, des rétractations, des techniques d'évaluation inadéquates ou inadaptées aux circonstances, ou encore parce que, selon toute évidence, l'abus sexuel n'a pas eu lieu. Dans une proportion de 6% à 8% des cas, et davantage lorsque le contexte du signalement est celui de conflits sur la garde ou les droits de visite², l'affirmation d'abus sexuel est fausse car l'enfant, mais plus souvent l'adulte, a délibérément porté de fausses accusations ou encore mal perçus les événements³.

Notre étude montrera pourquoi une *prudence raisonnable* doit guider les tribunaux dans le domaine de la preuve en matière d'abus sexuel, notamment à l'égard des «*croyances*», des théories ou des conceptions des travailleurs sociaux et des témoins experts ou encore à l'égard des techniques

-
1. D.J. BESHAROV, «Doing something about child abuse : The need to narrow the grounds for state intervention», (1985) *Harvard Journal of law and public policy*, 8: 539-589.
 2. K. BURTON et N. MYERS, «Child Sexual Abuse and Forensic Psychiatry, *Bull. Am. Acad. Psychiatry Law*, vol. 20, No 4, (1992), p. 445.
 3. A. GREEN and D. SCHETKY, *True and false allegations of sexual abuse : A Handbook for health care and legal professionals*, Eds. Dr. Schetky and A. Green, New York : Brunner/Mazel, Inc., (1988), p. 104-124. M. EVERSON and B. BOAT, «False allegations of sexual abuse by children and adolescents», (1989) *Journal of the Am. Acad. Child & Adoles. Psychiatry*, 28:320-235. Voir à ce sujet, *Protection de la jeunesse*-329, (1988) R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.). À la page 1743, on note ce passage : «Quant à la mère, marquée par une dynamique maniaco-dépressive... cette dernière pouvait, dans une situation très confrontante, percevoir de façon distordue certaines réalités susceptibles de lui rappeler son propre passé d'enfant abusée». *Droit de la famille*-1717, [1993] R.J.Q. 166 à 174 (C.S.). Dans cet arrêt, la mère souffre du syndrome d'*aliénation parentale*. En dépit des enquêtes, la mère maintient ses fausses accusations d'agressions sexuelles et physiques dans le but de faire échec aux droits de visite du père.

scientifiques et des «indicateurs» d'abus sexuels. La découverte d'un abus sexuel chez un enfant en bas âge dépend souvent d'une preuve fondée sur des probabilités résultant des divers témoignages ou des explications données sur les comportements de l'enfant ou du présumé «agresseur». Autant, il est essentiel de faire cesser un abus sexuel, autant il est important de déceler les situations où l'abus sexuel dénoncé ne s'est pas produit. En effet, à défaut de pouvoir distinguer les véritables situations d'abus sexuels des autres, on risque, non seulement de détruire le milieu familial, ou ce qu'il en reste, mais aussi de pénaliser sévèrement l'enfant qui se verra imposer des conditions ou des traitements inappropriés à sa situation, sans compter que la personne soupçonnée à tort d'abus sexuel ne pourra pas s'en remettre ou s'en remettre difficilement.

Nous allons, en premier lieu, traiter de la nécessité d'une utilisation judicieuse des déclarations de l'enfant. Puis, nous discuterons des critères de l'évaluation de l'expert en matière d'abus sexuel, notamment lorsqu'on utilise des moyens dont le caractère scientifique est parfois discutable.

CHAPITRE I LA NÉCESSITÉ D'UNE UTILISATION JUDICIEUSE DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT

Dans la plupart des situations d'abus sexuels, l'enfant sera à l'origine des déclarations qui deviennent alors la source première d'informations sur le drame qu'il vit. Cependant, la mauvaise interprétation de ses déclarations, comme toute demande inadéquate ou pressante d'informations supplémentaires, risque d'embrouiller les dires de l'enfant. Dans cette perspective, examinons d'abord comment il est présentement difficile de démystifier la question de l'abus sexuel chez l'enfant. Par la suite, nous nous interrogerons sur la fiabilité des déclarations de l'enfant.

A) L'abus sexuel, mythes et réalités

De nombreux préjugés entourent encore les abus sexuels à l'égard des enfants. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une situation nouvelle, la société actuelle semble toujours incapable de la percevoir avec justesse. En effet, nous avons de la difficulté à évaluer la fréquence réelle des abus. De plus, il faut montrer les conséquences possibles d'une évaluation déficiente en matière d'abus sexuels.

1- La fréquence des abus sexuels, une évaluation difficile

Les services fournis par la direction de la protection de la jeunesse ont donné naissance à des structures relativement jeunes, enthousiastes, déterminées mais peu expérimentées et qui, trop souvent, redécouvrent et réaffirment que les enfants ne mentent pas. Toutefois, l'acceptation de la théorie que «l'enfant ne peut dire que la vérité» est la cause d'un certain nombre de difficultés en matière d'abus sexuel.

Les statistiques sur la fréquence des abus sexuels sont approximatives. Nous savons, cependant, que la promulgation de nouvelles lois partout en Amérique du Nord, obligeant les citoyens à déclarer, entre autres, les situations d'enfants soupçonnés d'être victimes d'abus sexuels, a été suivie d'une hausse importante des signalements, et par le fait même d'un certain pourcentage d'erreurs. Cette marge d'erreur s'est révélée, depuis environ cinq ans, beaucoup plus grande qu'on ne l'avait d'abord imaginée. Dans un nombre significatif de cas, il s'avère impossible de démontrer ou de se convaincre de la véracité des déclarations de l'enfant ou de l'adulte qui ont signalé un abus sexuel. Parfois, une évaluation minutieuse effectuée selon des critères professionnels précis, révélera la fausseté des allégations et permettra de découvrir qu'il existe d'autres explications possibles pour des symptômes ou comportements qui, à l'origine, ont soulevé la vraisemblance d'abus sexuel⁴.

L'augmentation des allégations d'abus sexuels a conduit tous les groupes professionnels tels, les pédiatres, psychiatres d'enfants et d'adolescents, psychologues et travailleurs sociaux à traiter un nombre croissant de demandes d'évaluation afin de déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel. Beaucoup de ces experts, confrontés à un nouveau phénomène, ont eu tendance initialement à exagérer leur certitude, par manque de formation et à cause de préjugés existant dans les divers milieux de notre société à l'égard des abus sexuels⁵. Nous savons maintenant jusqu'à quel point l'enfant est

-
4. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 277 : dans cette décision, un expert reconnaît que l'anxiété, l'insécurité et l'angoisse présentées par l'enfant peuvent provenir de multiples causes et non nécessairement d'un abus sexuel.
 5. *Protection de la jeunesse*, T.J., Beauharnois, no 760-41-000038-870, 19 novembre 1987. Dans cette décision, un premier expert déclare que les indices d'enfants «abusés» retracés chez l'enfant sont tout aussi compatibles avec les caractéristiques d'un enfant aux prises avec un conflit de fidélité (p. 11 et 12), tandis qu'un second, à partir de symptômes tels

vulnérable à la suggestion, souvent exercée involontairement par l'adulte ou par l'expert dans le cadre d'une évaluation⁶.

Nous connaissons mieux les circonstances qui amènent l'enfant à faire état d'un abus sexuel et à adopter des comportements ou des symptômes, qui bien que présents chez certains enfants victimes d'abus sexuels, ne permettent pas de conclure, de façon systématique, à la commission d'une agression sexuelle. Une mauvaise perception et évaluation peuvent avoir souvent, dans ce domaine, de graves conséquences.

2- Les conséquences possibles d'une évaluation déficiente en matière d'abus sexuels

S'il est des indicateurs d'abus sexuels, les indicateurs physiques ne devraient-ils pas être parmi les plus fiables? À cet égard, l'affaire «*Cleveland*» est particulièrement révélatrice⁷. L'examen physique avait montré un assouplissement anormal du passage anal, après observation de l'enfant couché sur le côté, en position fœtale. Cela avait suffi pour conclure à la preuve d'un abus sexuel. Ainsi, sans autre élément de preuve, les services de protection des enfants retirèrent 202 enfants de leurs familles, en huit semaines. On soupçonnait les parents de conduite indécente et d'avoir eu des rapports sexuels avec leurs enfants. Des descriptions de rougeurs sur les parties génitales et des variations de tonus du sphincter anal ont été à l'origine de plusieurs allégations d'abus sexuels⁸ et ce n'est que relativement récemment que d'autres normes ont pu être établies démontrant qu'il peut exister un

l'énurésie, des troubles du sommeil et la peur de la noirceur, parle d'un syndrome dit «de l'enfant abusé». Le tribunal rejette cette dernière prétention dans ce cas, en soulignant qu'au-delà des apparences ou des techniques utilisées, la preuve montrait que les comportements de l'enfant résultaient plus de sa très grande lassitude, à la suite de nombreuses interventions effectuées auprès de lui, que de signes ou symptômes se rapportant à une catégorie exclusive d'enfants victimes d'abus sexuels.

6. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.) 2705 à 2707 et 2709.
7. C.J. HOBBS and J.M. WYNNE, *Buggery in childhood - a common syndrome of child abuse*, *Lancet*, (1986), 2:792-796.
8. D.C. GEDDIS, «The diagnosis of sexual abuses of children», *New Zealand Medical Journal*, March 8, 1989, p. 90-100.

écart important dans les variations normales de l'anatomie génito-urinaire et périanale de l'enfant⁹.

Cependant, de nombreuses questions persistent encore. Dans une décision récente de la Chambre de la Jeunesse, on ne peut manquer de constater qu'un pédiatre, après un examen gynécologique, a conclu que les deux fillettes avaient été abusées sexuellement. Pourtant, une gynécologue, après avoir noté chez l'une d'elles un hymen atténué, effectua une colposcopie qui révéla que l'irrégularité de l'hymen était en fait une déviation normale chez les deux fillettes. Nous savons par ailleurs que des enfants, particulièrement avant la puberté, peuvent avoir des examens normaux, même lorsqu'il y a eu des abus répétés et chroniques¹⁰. Le plus souvent, l'examen physique ne permet ni d'infirmer ni de confirmer¹¹ qu'il y a eu abus sexuel.

L'une des pires choses qui puisse arriver à un enfant est d'être victime d'abus sexuels. L'une des pires choses qui puisse arriver à un adulte est d'être accusé à tort d'un crime aussi grave. Illustrons ce propos par deux exemples *pour montrer jusqu'où peut conduire la crédulité*, avant d'aborder la question de la fiabilité des déclarations de l'enfant. Même si les deux exemples qui suivent sont particuliers, ils font comprendre pourquoi on ne peut se contenter, dans le domaine de l'abus sexuel, de «vraisemblance» ou de transformer en «présomption d'abus sexuel» le seul fait de le signaler.

En janvier 1990, aux États-Unis, prenait fin un procès¹² à l'issue duquel la mère, qui tenait une école pré-maternelle, et son fils ont été acquittés d'une accusation d'agression sexuelle après avoir passé respectivement deux et cinq ans en prison. La mère d'un enfant de deux ans et demi avait déclaré que son fils avait été victime d'attouchements sexuels à quatorze reprises alors qu'il fréquentait la pré-maternelle des accusés. Elle affirmait que

-
9. D. PAUL, «The Pitfalls which may be encountered during an examination for signs of sexual abuse», *Med. Sci. Law* (1990), Vol. 30, No 1, pp. 3-11.
 10. G. FORTIN, M.D., *L'Actualité Médicale*, 17 mars 1993, p. 8; M. A. REINHART, «Medical Evaluation of Young Sexual Abuse Victims: A View Entering the 1990s», *Med. Sci. Law* (1991), Vol. 31, No 1, pp. 81-86.
 11. A. GREEN and D. SCHETKY, *The Medical Evaluation of Child Sexual Abuse*, in *Child Sexual Abuse : A Handbook for Health Care and Legal Professionals*, Eds. D. Schetky and A. Green, New York : Brunner/Mazel Inc., (1988), p. 97.
 12. *Time*, January 29, 1990, p. 32-33.

son fils avait été sodomisé, que l'accusé l'avait promené nu sur ses épaules et torturé avec un boyau de caoutchouc. Elle porta aussi des accusations similaires contre son ex-mari et trois employés d'un studio de santé.

Les policiers, saisis du dossier, ont enquêté sur ces présumés abus sexuels auprès de tous les enfants ayant fréquenté la pré-maternelle pour arriver à cette conclusion incroyable que 369 des 400 enfants interrogés avaient été victimes d'abus sexuels. Les enfants racontèrent comment ils étaient allés déterrer des morts au cimetière, comment ils s'étaient sauvés en se jetant en bas des avions, ou comment ils avaient tués des animaux avec des bâtons de «baseball». Ils identifièrent également comme leurs agresseurs plusieurs personnes dignes de confiance incluant le procureur en chef de la ville.

L'un des enfants était âgé de quatre ans au moment de l'abus présumé. Il avait sept ans lorsqu'il raconta son histoire pour la première fois à une travailleuse sociale. À huit ans, il témoigna une première fois, puis une deuxième fois à onze ans. Aujourd'hui, âgé de 15 ans, il maintient encore que ce qu'il a dit était vrai en dépit de l'invraisemblance des abus décrits plus haut et de l'identification fantaisiste des présumés agresseurs.

Au Canada, on retrouve un cas semblable. L'affaire débute en 1985¹³. La mère, nouvellement arrivée dans une ville, demande au Centre des services sociaux de placer temporairement ses fillettes, âgées de cinq et sept ans, afin qu'elle puisse trouver un emploi. On lui propose une famille d'accueil habituée à ce genre de dépannage. Après le départ de la mère, la responsable du foyer s'inquiéta de l'apparence physique et de l'état psychologique des enfants. Plus tard, elle raconta au tribunal que les enfants dégageaient une odeur d'urine et de sperme, et que la plus jeune souffrait d'une infection urinaire. En outre, elle se montrait anormalement pudique. Elle remarqua une rougeur dans la région vaginale de l'enfant. *D'après son expérience*, les deux enfants avaient été abusées sexuellement. En outre, elle avait fait part au Centre des services sociaux que les enfants étaient terrifiées par leur mère et son ami que les deux fillettes accusaient de toutes sortes d'activités sexuelles

13. Voir, à ce sujet, M. KENDRICK, *An Anatomy of a Nightmare : A Failure of Society to deal with Child Sexual Abuse*, McMillan, (1988).

illicites. Dans les trois mois qui suivirent, les enfants racontèrent qu'elles avaient participé à la réalisation de films pornographiques, à des meurtres, à des actes de mutilations et à des rituels sataniques. Était-il possible que de telles souffrances aient été imposées à ces enfants? Le médecin qui les examina affirma qu'elles avaient été abusées sexuellement, mais qu'il n'en n'avait trouvé aucune preuve physique. Il était convaincu, comme la plupart des témoins experts, que les enfants de moins de douze ans racontent rarement de telles histoires et que plus l'enfant est jeune, plus son récit est détaillé, plus il est crédible. Le procès a duré deux ans. Le tribunal a entendu 161 témoins, dont 19 témoins experts. Finalement, le tribunal acquitta la mère des accusations d'abus sexuels.

Comment ces deux situations ont-elles pu durer des années sans que personne ne s'interroge sur les aspects invraisemblables des verbalisations de tous ces enfants sur de possibles abus? L'une des explications possibles viendrait du fait que, malgré l'apparition d'une jurisprudence prudente et d'un développement remarquable des connaissances, *trop de cliniciens continuent encore de faire des diagnostics hâtifs et peu étoffés en matière d'abus sexuels*¹⁴. Les préjugés favorables aux enfants conduisant à la théorie qu'ils ne mentent pas ont la vie dure¹⁵. Il arrive encore que l'on demande la version des faits à un seul des parents tout en ignorant l'autre. Parfois, on ne se demande pas si le parent ou l'enfant a déjà été victime d'abus sexuels et on ne s'informe pas sur l'ensemble des circonstances de la vie de l'enfant. On peut aussi donner une interprétation erronée des faits, ou pire une interprétation faussée par des observations cliniques, physiques, psychologiques et psychiatriques inadéquates. Nous constatons que trop souvent les questions posées aux enfants sont facilement suggestives, coercitives, trop nombreuses, trop courtes ou trop longues. Il arrive même que l'enfant soit «récompensé» pour les «bonnes réponses» lorsqu'elles correspondent aux convictions et aux intérêts de l'évaluateur-expert.

-
14. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Abitibi, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9. Dans cette décision, on apprend que la travailleuse sociale s'est contentée de constater chez l'enfant de la tristesse, de l'inquiétude et une peur des hommes pour conclure à un abus sexuel.
 15. *Ibid.* La travailleuse sociale déclare «Quand un enfant aborde une question d'abus sexuel, on le croit». Pourtant, les enfants ont nié formellement les abus sexuels et la preuve n'a pu, non plus, les établir.

B) La fiabilité des déclarations de l'enfant

L'importance et le degré de fiabilité que l'on peut accorder aux déclarations de l'enfant varient selon plusieurs éléments, tels l'âge de ce dernier, ses expériences antérieures et les influences dont il a pu être l'objet.

1- La suggestibilité et les stades de développement de l'enfant

L'enfant, âgé de deux à sept ans, est particulièrement suggestible et possède une mémoire fragile. En conséquence, l'enfant se rappelle de l'événement au moment où il se produit, mais sa mémoire reste sujette à des distorsions causées par l'intégration d'informations postérieures à l'événement initial¹⁶. Lorsqu'un événement est mémorisé, l'enfant doit pouvoir le retracer librement et le communiquer facilement. Mais à cet âge, tout le processus intellectuel pour s'en rappeler n'est pas très développé. La capacité d'attention est faible, la compréhension des événements et les connaissances de base sont limitées. La difficulté du jeune enfant de se rappeler et de communiquer un événement, pourra inciter l'expert à utiliser des questions suggestives. Il voudra aider l'enfant à se souvenir. Mais une telle pratique comporte beaucoup de risques. En effet, l'adulte exerce une influence certaine sur l'enfant et, pour cette raison, ce dernier aura tendance à se conformer aux désirs de l'adulte tels qu'il les perçoit¹⁷. De plus, les efforts déployés pour préparer l'enfant à rendre un témoignage plus exact peuvent aussi entraîner de sérieuses conséquences. L'adulte risque, en effet, de modifier la mémoire de l'enfant et de modeler ses réponses. Lorsque de telles altérations ou modifications ont eu lieu, il devient très difficile, et probablement impossible, de retrouver la mémoire initiale des événements.

-
16. S.J. CECI, ROSS and TOGLIA, M.P., «Suggestibility of children memory : Psycholegal implications», (1987) *Journal of Experimental Psychology*, 116,3849. Voir P.E. HILL, S.M. HILL, «Videotaping Children Testimony : an Empirical View», (1986-1987) 85 *Mich. L. Rev.*, 809, 814 : les auteurs démontrent comment les enfants peuvent être influencés par le lieu où on les interroge.
 17. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse*-233, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.). Dans cette décision, on rapporte des témoignages qui montrent comment la mère et la travailleuse sociale ont suggéré les réponses à l'enfant. Le tribunal ajoute qu'il aurait accordé plus de valeur à la déclaration de l'enfant si elle avait été faite lors d'une entrevue effectuée avant que ces interventions ne se soient produites. Les déclarations de l'enfant ne sont pas spontanées.

2- La mémoire contextuelle de l'enfant

Les études actuelles sur la mémoire du jeune enfant sont encore préliminaires, parfois ambiguës et contradictoires. Cependant, on peut retenir de celles-ci les éléments suivants :

- *L'enfant se rappelle mieux les événements qu'il comprend et qui lui sont plus familiers. À l'inverse, il se souvient moins bien des événements qui dépassent sa compréhension et avec lesquels il n'est pas familier ou qui sont pour lui une source de malaises.*
- *L'enfant se rappelle mieux l'événement lui-même plutôt que les personnes présentes, l'endroit, le moment, les détails périphériques ou abstraits¹⁸.*
- *L'enfant est davantage capable de décrire une série d'événements, telle la répétition de gestes abusifs par une personne familière, que de fournir un exemple en particulier d'une agression.*
- *Le rappel des événements est plus exact quand l'enfant s'exprime spontanément que lorsqu'il doit répondre à une série de questions¹⁹.*

Les particularités de la mémoire du jeune enfant, et les nombreux facteurs intervenant dans son élaboration, nous permettent de comprendre qu'il faut beaucoup d'habileté, de doigté et de prudence lors de l'évaluation d'un enfant susceptible d'avoir été victime d'abus sexuel.

Les comportements des enfants tendent à varier selon les influences et les contraintes du moment et selon leurs intérêts. Ainsi, les comportements

-
18. J.C. YUILLE, «L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration», dans *L'enfant mis à nu*, (1992), Ed. du Méridien, p. 77.
19. G.S. GOODMAN and R.S. REED, «Age differences in eyewitness testimony», (1986) *Law and human behavior*, 10,317-332. L. BERLINER, «Deciding whether a child has been sexually abused» in E.B. Nicholson and J. Bucheley (E.D.S.) *Sexual abuse allegations in custody and visitation cases : A resource book for judges and Court personnel*, pp.48-69, (1988) Washington, D.C. : American Bar Association. D.A. POOLE and L.T. WHITE, *Effects of question repetitions on the eyewitness testimony of children and adults* (Manuscript), (1990).

des enfants tendent à se calquer sur les situations du moment, du moins jusqu'à ce que leur personnalité soit mieux développée. Plus l'enfant est mature, plus son comportement est prévisible et indépendant des influences extérieures. De façon générale, avant l'âge de neuf ans, l'enfant n'a pas encore intégré et fait siennes les règles et les valeurs de la société²⁰, de sorte que les personnes qui l'entourent, l'interrogent ou s'intéressent à lui pourront l'influencer grandement.

Ainsi, on comprend mieux pourquoi on scrute l'aptitude de l'enfant à témoigner *lorsqu'il ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle*. Autant devant la Chambre de la Jeunesse que devant la Cour supérieure, on doit établir son aptitude à témoigner c'est-à-dire déterminer que, conformément à la loi «il est capable de rapporter les faits dont il a eu connaissance et s'il comprend le devoir de dire la vérité»²¹.

Le législateur fixe les deux conditions pour déterminer si l'enfant est apte à témoigner devant les tribunaux. On doit donc faire la preuve de «l'aptitude à témoigner» et habituellement²², on satisfait à cette exigence en montrant que l'enfant possède :

- *La capacité de percevoir les faits d'une façon exacte, c'est-à-dire la capacité intellectuelle d'observer ou de lire avec exactitude l'événement au moment où il se produit;*

-
20. L. KOHLBERG, «Stage and sequence : The cognitive-developmental approach to socialization» in D.A. Gaslin (Ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Chicago : Rand McNally, (1969). Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille*, C.S., Montréal, 500-04-000413-573. Le juge explique comment l'expert avait suggéré à un enfant, âgé de trois ans, qu'il y avait eu abus sexuel.
21. L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.1 et 85.2 et le nouvel article 2844 al. 2 C.c.Q. En protection de la jeunesse, la loi distingue selon que l'enfant a 14 ans et plus ou moins de 14 ans.
22. Les auteurs suivants ont étudié ce qu'on pourrait considérer comme une preuve «d'aptitude à témoigner» d'un enfant. J. BULKLEY, «Legal proceedings, reforms, and emerging issues in child sexual abuse cases», (1988) *Behavioral Science and Law*, 6, 153-180. J.J. HAUGAARD, N.D. REPPUCI, J. LAIRD et T. NAUPEL, «Children's Definitions of the Truth and Their Competency as Witnesses in Legal Proceedings», *Legal and Human Behavior*, Vol. 15, No. 3 (1991), p. 253-271.

- *La capacité de se rappeler, c'est-à-dire posséder une mémoire suffisante pour conserver ce qu'il a observé, et la capacité de rapporter lui-même cette observation;*
- *La capacité de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle ou, à défaut, de faire la différence entre la vérité et le mensonge, de comprendre le devoir de dire la vérité et de comprendre les conséquences de ne pas dire la vérité;*
- *La capacité de rapporter les faits dont il a eu connaissance personnellement c'est-à-dire la capacité de communiquer les faits observés dont il se rappelle et de comprendre des questions simples sur ce qui s'est produit.*

Le niveau de développement de l'enfant constitue donc un facteur déterminant pour évaluer son aptitude à témoigner^{22a}. *Son âge chronologique, son niveau de fonctionnement social, son état émotionnel et mental, autant que la nature et la qualité de la dynamique familiale, auront une influence décisive sur la possibilité du jeune enfant de satisfaire aux exigences d'une aptitude minimale pour témoigner. La preuve par expert, dans ce dernier cas, pourra aider le tribunal à déterminer si l'enfant est apte à témoigner²³.*

22a L. GÉLINAS et B. M. KNOPPERS, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection», (1993) 53 *R. du B.*, 3, 54 et 55 : Les auteurs indiquent que le rôle des experts est important en ce qui a trait à la preuve de l'aptitude à témoigner.

23. Voir C. BOIES, «Réflexions sur les nouvelles dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants», dans *Droit et enfant, Formation permanente du Barreau du Québec*, Les Éditions Yvon Blais inc., Cowansville, (1990), p. 73 et 75. L'auteur rapporte que l'enquête conduit le tribunal à poser des questions simples à l'enfant «sur son âge, sa famille, ses études, sur la différence entre le vrai et le faux...» (voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 275. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-471*, [1993] R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 567 : l'expert, dans cette décision, manifeste son inquiétude quant à la capacité de l'enfant de rapporter les faits, non qu'elle veuille mentir, mais que la colère, l'anxiété et son trouble profond peuvent altérer la précision de ses propos. Voir également, *Droit de la famille*, C.S., Montréal, 500-04-001135-899, 5 décembre 1989. Le tribunal explique que l'enfant, âgé de 5 ans, est inapte à témoigner parce qu'il souffre d'une *paralysie de l'expression*, résultant des abus sexuels, ce qui rendait ses propos confus et mêlés, voire invraisemblables. *Note* : Même si certains enfants victimes d'abus peuvent devenir à ce point

Quant à sa crédibilité, que ce soit devant le tribunal ou lors d'une entrevue faite par des intervenants extrajudiciaires, elle s'évaluera en tenant compte de plusieurs facteurs de compétence intrinsèque à l'enfant, d'une multitude de facteurs propres à chacune des situations ainsi que des motifs possibles ayant conduit l'enfant ou l'adulte à signaler l'abus sexuel. Ainsi, un enfant, dont la mémoire des événements aurait été influencée par des raisons d'intérêt personnel ou des facteurs externes, hors de son contrôle, pourrait être non crédible. Il pourrait aussi être déclaré inapte à témoigner si le tribunal, saisi du dossier, constate qu'il n'a pas les aptitudes requises pour témoigner²⁴.

3- Bref rappel de l'évolution des tribunaux concernant les déclarations faites par des enfants

La perception des tribunaux à l'égard de la fiabilité du témoignage des enfants a évolué au fil du temps. Autrefois, on recevait avec suspicion le témoignage des enfants. On leur accordait peu de crédibilité car souvent, ils étaient trop jeunes pour être assermentés. Le témoignage non assermenté devait être corroboré pour être admissible en preuve. À cette époque, on considérait les enfants comme des témoins peu fiables, et plus particulièrement dans les affaires d'abus sexuels²⁵.

Or, on a assisté depuis quelques années à des changements importants dans ce domaine. Premièrement, nous allons rappeler brièvement le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Khan*²⁶ avant d'aborder certaines modifica-

traumatisés, il faut prendre garde de conclure que la présence d'un symptôme particulier, y compris celui de la paralysie de l'expression, constitue nécessairement une preuve d'abus sexuel.

24. Devant le tribunal, on doit distinguer la recevabilité, qui se résume à la question de l'aptitude, de l'admissibilité qui concerne la fiabilité et la crédibilité des déclarations de l'enfant. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 281. C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 81.
25. T. WALSH, «Abus sexuels et témoignages», *Journal du Barreau*, 1 février 1993, p. 24. Sur le peu de considération accordée autrefois au témoignage de l'enfant, voir C. DUBREUIL, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit privé*, Montréal, Les Éditions Thémis, (1991), p. 22.
26. [1990] R.C.S. 531.

tions législatives concernant le *oui-dire* devant la Chambre de la Jeunesse²⁷ ou devant la Cour supérieure, notamment²⁸.

Dans l'affaire *Khan c. La Reine*²⁹, un médecin était accusé d'agression sexuelle sur une enfant de trois ans et demi. Quinze minutes après l'événement, l'enfant raconte les faits à sa mère. Au procès, le Ministère public a tenté de mettre en preuve les déclarations de l'enfant faites à sa mère, en invoquant une exception à la règle du *oui-dire*, soit les déclarations spontanées. Le premier juge a refusé d'admettre ces déclarations puisqu'elles n'étaient pas contemporaines de l'événement. Concernant le témoignage de l'enfant, âgée de quatre ans et demi lors du procès, le juge de première instance a décidé qu'elle était inhabile à témoigner sans être assermentée selon l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*³⁰.

La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement prononcé par le premier juge, et ordonna la tenue d'un nouveau procès. L'accusé porta ce jugement en appel à la Cour suprême qui confirma la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. D'après la Cour suprême, le témoignage de l'enfant non assermenté est admissible *s'il satisfait aux exigences d'intelligence suffisante et de la compréhension du devoir de dire la vérité*. Une fois le témoignage reçu, il revient au juge d'évaluer le degré de crédibilité qu'il accordera aux déclarations de l'enfant.

Concernant le témoignage de la mère de l'enfant, la Cour, constate que les tribunaux ont fait preuve de souplesse, au cours des dernières années, quant à l'application de la règle du *oui-dire* et déclare que le témoignage de la mère sera admissible s'il rencontre les critères de *nécessité* et de *fiabilité*.

27. L.R.Q., c.P-34.1, art. 85.5.

28. Voir, art. 2844 al. 2 C.c.Q. et art. 4 paragr. (i) C.p.c.

29. Voir à ce sujet sur l'évolution de la recevabilité du *oui-dire* en matière de protection de la jeunesse, L. BACHAND, «Les enfants victimes d'abus sexuels et la réponse judiciaire à la sanction de leurs droits», Prix Charles-Coderre, Les Éditions Yvon Blais inc., (1987), p. 51 à 54. L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, (1993), no 1306, p. 424. L. DUCHARME, «La prohibition du *oui-dire* et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils avaient été victimes», (1987) 18 R.G.D. 577 à 579. Voir aussi, C. DUBREUIL, *op. cit.*, note 25, p. 89 à 93. C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67.

30. S.R.C. 1970, c. E-10 (abrogé depuis et remplacé par L.C. 1987, ch. 24).

On satisfait au critère de «nécessité» lorsque la situation rend difficile l'obtention d'autres éléments de preuve. Le désintéressement de l'enfant suffit pour justifier la «fiabilité» de ses déclarations.

«T. était désintéressée, en ce sens que sa déclaration ne servait pas son intérêt personnel. Elle a fait la déclaration avant même qu'il ne soit question du litige.(...). En outre, la déclaration d'un enfant en bas âge sur ces questions peut comporter en soi sa propre marque de fiabilité»³¹.

La Cour suprême reprend, à son compte, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario :

«Lorsque le déclarant est un enfant en bas âge et que les événements reprochés portent sur une infraction de nature sexuelle, des considérations particulières s'appliquent pour déterminer l'admissibilité de la déclaration de l'enfant. Il en est ainsi parce que les jeunes enfants, comme celui dont il est question en l'espèce, ne sont généralement pas des experts en matière de raisonnements réfléchis ou pour inventer des histoires de perversion sexuelle. Manifestement, il est peu probable qu'ils utilisent leur capacité de raisonnement pour inventer délibérément un mensonge, et surtout un mensonge concernant un acte sexuel qui, selon toute vraisemblance, dépasse leur entendement»³².

En d'autres termes, si l'allégation d'abus sexuel ne sert aucun intérêt personnel, et que le contexte est tel que l'enfant ne peut pas avoir d'intérêt personnel sur le sujet, nous devons considérer qu'il s'agit d'indices convaincants de la crédibilité du témoignage de l'enfant.

Cependant, si l'assouplissement de la règle du *oui-dire* était devenu nécessaire pour recevoir les déclarations de l'enfant faite à des tiers, une mise en garde s'imposait également concernant l'étendue de la règle proposée par la Cour suprême.

En effet, il peut arriver, précisément à cause de sa naïveté, que l'enfant puisse, dans certaines circonstances, tenir un discours d'abus sexuels parce qu'il

31. *Abdullah Khan c. Sa majesté la Reine*, (1990) R.C.S. 531, 542.

32. *Ibid.*

a été influencé, le plus souvent sans malveillance, par son entourage ou par toute personne chargée de l'évaluation de la situation³³. Il suffit parfois de bien peu chez l'enfant en bas âge et de quelques maladresses pour orienter ses déclarations alors que sa naïveté est *a priori* l'assise même de la fiabilité de ses déclarations ou de son témoignage.

Pour mettre un terme à ces incertitudes, le législateur québécois créait en 1989 une exception à la règle interdisant le *oui-dire*, en modifiant la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁴ et en codifiant, dans le *Code civil du Québec*, l'état du droit actuel pour les témoignages de certains enfants concernant la recevabilité de ses déclarations.

4- Les modifications législatives relatives à la recevabilité des déclarations faites par l'enfant à un tiers.

La *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵ vise la protection des enfants et non la poursuite des agresseurs³⁶. Cependant, les mêmes problèmes se posent quant à la recevabilité et l'admissibilité du témoignage des enfants ou des déclarations faites à des tiers.

Avant le premier octobre 1989, lorsque l'enfant ne pouvait être assermenté, la corroboration était exigée. À cette première difficulté s'ajoutait celle de la preuve par *oui-dire* lorsque le jeune enfant était inapte à témoigner particulièrement dans les cas de mauvais traitements et d'abus sexuels prévus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*^{36a}. Le législateur est donc intervenu pour ajouter de nouvelles dispositions, soit les articles 85.1 à 85.6, afin d'uniformiser les règles du témoignage de l'enfant qui avaient donné lieu à de nombreuses contradictions jurisprudentielles³⁷.

-
33. Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 à 174 (C.S.), 171 : l'enfant a raconté que c'était sa mère qui l'avait incité à raconter les actes à caractère sexuel.
34. L.R.Q. c.P.34.1 : arts. 85.1 à 85.6.
35. *Id.*
36. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.), 741.
- 36a. L.R.Q., c. P-34.1.
37. Voir C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67. L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 51. C. DUBREUIL, *op. cit.*, note 25, p. 89 à 92.

On peut maintenant résumer la règle du témoignage de l'enfant de la façon suivante, selon que celui-ci est âgé de moins de quatorze ans ou de quatorze ans et plus³⁸.

On présume que l'enfant *âgé de quatorze ans ou plus* est apte à témoigner, c'est-à-dire qu'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle (art. 85.1 L.P.J.). On peut le contraindre à témoigner (art. 85.3 al .1 L.P.J.). *Son témoignage n'aura pas besoin d'être corroboré* et il sera évalué selon les règles habituelles du témoignage des adultes concernant son degré de probabilité et de crédibilité. Pour empêcher l'adolescent de quatorze ans ou plus de témoigner, on doit renverser la présomption d'aptitude en démontrant qu'il est inapte physiquement ou mentalement de rapporter les faits dont il a eu connaissance (art. 85.1 L.P.J.). La présomption d'aptitude s'applique donc en l'absence de cette preuve puisqu'elle est obligatoire pour faire obstacle au témoignage de l'adolescent.

Par contre, *l'enfant âgé de moins de quatorze ans* pourrait témoigner, même s'il ne comprend pas la nature du serment ou l'affirmation solennelle, si l'on établit au préalable *sa capacité de rapporter les faits et de comprendre le devoir de dire la vérité* (art. 85.2 L.P.J.)³⁹. Cette disposition couvre autant la *capacité psychologique que mentale ou physique*⁴⁰. L'enfant de 14 ans et plus ou de moins de 14 ans et apte à témoigner pourra en être exempté si le tribunal considère que son témoignage va à l'encontre de son intérêt et du respect de ses droits⁴¹. Il s'agit toutefois d'une mesure exceptionnelle et l'article 85.3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴² précise que le préjudice envisagé doit concerner le développement mental ou affectif de l'enfant. La dispense ne sera donc pas accordée facilement d'autant plus que l'enfant peut être entendu hors la présence de toute personne partie à l'instance⁴³.

-
38. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, Cours sur les droits de l'enfant, Université de Sherbrooke, 1991-1992, p. 3.49 à 3.52 et la jurisprudence citée. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 566 et 567.
39. *Protection de la jeunesse-471* [1991], R.J.Q. 564 (C.Q., C. de la J.). *Protection de la jeunesse-492*, T.J., Montréal, 500-41-001109-894, 28 février 1991, J.E. 91-829.
40. *Protection de la jeunesse-471*, (1991) R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 567.
41. *Protection de la jeunesse-514*, (C.Q.) Montréal, 500-41-000078-918, 13 août 1991, J.E. 91-1410.
42. L.R.Q., c. P-34.1.
43. *Id.*, voir *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190 à 1194 (C.Q., C. de la J.). Dans cette décision, le tribunal déclare contraignable à témoigner un enfant de sept ans, en dépit des craintes manifestées par un psychologue, au motif que la dispense constitue

Lorsque l'enfant ne peut témoigner pour l'un des motifs indiqués précédemment, la preuve par ouï-dire des déclarations antérieures de l'enfant peut être faite par une personne qui en a eu personnellement connaissance, et ce pour établir l'existence des faits allégués dans la demande de protection⁴⁴. Toutefois, l'admissibilité de ces déclarations, pour établir que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis, est soumise à la règle de la corroboration par d'autres éléments qui en confirment la fiabilité⁴⁵. La corroboration n'est pas une preuve supplémentaire ni une preuve indépendante sur la crédibilité du témoin. Elle doit porter sur les faits ayant une certaine importance⁴⁶. Elle constitue, d'abord et avant tout, une règle de prudence qui permet de distinguer, parmi les faits rapportés, ceux qui résultent de l'imaginaire ou des influences impropres et ceux qui correspondent à la réalité des faits.

Les exemples de corroboration trouvés dans la jurisprudence ne devraient pas servir à constituer une liste de «indicateurs» d'abus sexuels⁴⁷ susceptibles de conduire les intervenants à conclure à la commission d'un abus sexuel sans avoir obtenu et compris les explications possibles ou vraisemblables de l'ensemble des faits et de les situer dans leur contexte. Ainsi, à titre d'exemple, des intervenants scolaires et un psychologue, appelé en consultation, avaient diagnostiqué un abus sexuel à la lumière d'attitudes, de propos et d'«indicateurs», soit disant habituels alors qu'il s'agissait, en réalité, d'une *phobie scolaire* chez une enfant handicapée présentant un certain nombre de problèmes d'apprentissage⁴⁸.

Les modifications législatives ont été faites pour faciliter la preuve des abus sexuels. Elles reprennent d'ailleurs en grande partie les solutions déjà

une mesure exceptionnelle à sa contraignabilité. Le préjudice doit être tel qu'il justifie de faire une exception. *Note* : Il doit donc s'agir plus que de simples appréhensions ou hypothèses.

44. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.6.

45. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.5 al. 2.

46. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.S., Montréal, 500-24-000024-819, 17 mai 1982, p. 9 à 13. Voir aussi L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 54.

47. Voir C. BOIES, *loc. cit.*, note 23. À la page 92, l'auteur propose un tableau de faits physiques, psychologiques et médicaux considérés comme des faits alarmants «indicateurs» d'abus sexuels. *Note* : Cette liste de «faits», relevés par Me J. GAUTHIER à partir de treize jugements, n'ont aucune signification propre lorsque isolés de l'ensemble des autres éléments de la preuve.

48. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 4, 5, 8 à 12.

imaginées par les tribunaux pour déroger à l'interdiction du *oui-dire* et déterminer quand la corroboration était nécessaire⁴⁹. Rappelons qu'auparavant, l'article 301 *C.p.c.*, auquel référerait l'ancien article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵⁰ couvrait le témoignage de l'enfant capable de rapporter des faits dont il avait eu connaissance, s'il comprenait le devoir de dire la vérité même s'il ne comprenait pas la nature du serment, et cela peu importe son âge; on exigeait alors que son témoignage soit corroboré puisqu'un «jugement ne pouvait être rendu sur la foi de ce seul témoignage».

La nouvelle disposition sur le témoignage de l'enfant, âgé de moins de quatorze ans et déclaré apte à témoigner devant la Chambre de la Jeunesse, est maintenant prévue à l'article 85.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵¹, mais on n'exige plus la corroboration de son témoignage qui sera apprécié comme tout autre témoignage. La corroboration sera donc requise dorénavant uniquement pour les déclarations de l'enfant, âgé de moins de quatorze ans et inapte à témoigner, rapportées par des personnes auxquelles l'enfant s'est confié. Bref seul le *oui-dire* doit être corroboré⁵².

Par contre, ce régime dérogatoire ne s'applique pas au témoignage de l'enfant rendu devant une autre cour de justice, telle la Cour supérieure saisie d'un litige sur la garde d'un enfant alors que l'un des parents accuse l'autre d'agression sexuelle pour l'empêcher d'obtenir la garde ou d'exercer des droits de visite. En effet, le nouvel article 2844 al. 2 du *Code civil du Québec* exige la corroboration du témoignage de l'enfant jugé apte à témoigner, s'il est capable de rapporter les faits et comprend le devoir de dire la vérité alors qu'il ne

49. Voir à ce sujet, C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67. L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 54.

50. L'article 85 *L.P.J.* a été amendé en 1989; on a supprimé la référence à l'article 301 *C.p.c.* en lui substituant de nouvelles dispositions sur le témoignage de l'enfant en matière de protection de la jeunesse (art. 85.1 à 85.6 *L.P.J.*). Signalons que l'article 301 *C.p.c.* a été abrogé par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, Projet de loi 38 (1992, *L.Q.C.* 57), sanctionné le 18 décembre 1992, art. 259. Il est remplacé par le nouvel article 2844 *C.c.Q.* qui reprend textuellement l'article 301 *C.p.c.* Ainsi, cette disposition sur le témoignage de l'enfant non assermenté continuera de s'appliquer, dans les mêmes conditions incluant la corroboration, lorsque l'enfant capable de rapporter des faits et de dire la vérité témoignera dans tous les litiges autres que ceux relevant de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (protection et adoption - art. 38 et 72 *L.P.J.*), comme son témoignage en matière de garde lors d'un divorce.

51. *L.R.Q.*, c. P-34.1.

52. *Id.*, art. 85.5.

comprend pas la nature du serment⁵³. S'il est inapte à témoigner, on revient aux critères de nécessité et fiabilité du témoignage de la personne qui rapporte les déclarations de l'enfant à la condition qu'elles soient «spontanées et contemporaines» aux événements relatifs à l'abus sexuel⁵⁴.

Cependant, si l'enfant ne peut témoigner ou lorsque son témoignage n'est pas assez probant, le rôle du témoin expert revêt alors une grande importance. L'expert permet de rechercher des faits qui deviennent parfois des présomptions de fait pouvant, comme les témoignages, servir de moyens de preuve pour établir s'il y a eu ou non abus sexuels. La preuve par présomption, fondée sur un ensemble de faits, permet aux tribunaux de passer «de la vraisemblance à la certitude et d'en déduire la réalité du fait litigieux»⁵⁵. Les présomptions de fait sont laissées à la discrétion des tribunaux qui doivent, d'après le nouvel article 2849 C.c.Q., ne «les prendre en considération que si elles sont graves, précises et concordantes» pour rendre probable l'abus sexuel⁵⁶. Cette disposition, nouvelle seulement quant à sa présence dans le *Code civil* reprend, dans une certaine mesure, les critères déjà élaborés par les tribunaux. Nous ne rappelons que les principales caractéristiques de ce que l'on doit comprendre par une preuve valable d'abus sexuel.

53. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 501 et 504, p. 166 et 167.

54. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 1314, 1315 et 1316, p. 426 à 428. Il doit y avoir, entre autres, une «relation de cause à effet» entre l'événement et la déclaration et sans que le déclarant ait pu réfléchir à la déclaration. L'auteur souligne, toutefois, au no 1326 que l'article 2870 C.c.Q., traitant de ces questions, pourrait ne pas s'appliquer à l'enfant inapte à témoigner.

55. *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.) 1745. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 597, p. 198 : L'auteur explique à quelles conditions minimales on peut utiliser une présomption : recherche d'indices, l'existence d'un lien entre les faits connus et celui qu'on recherche et l'induction qui est la certitude plus ou moins grande du fait induit. Perrot, *Encyclopédie Dalloz, Preuve*, Paris : Jurisprudence générale Dalloz, no 945. La plupart des jugements s'inspirent de cet auteur lorsqu'ils réfèrent à la valeur des présomptions tirées des faits. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse*-584, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 278, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Montréal, 500-41-000288-871, 1er novembre 1988, p. 17, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 12 et 13.

56. *Protection de la jeunesse*-584, [1993], R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 278. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 603, p. 200.

La preuve doit être *sérieuse et indiscutable*⁵⁷, fondée sur des *probabilités raisonnables*⁵⁸. On doit, pour conclure à la prépondérance de la preuve, autant devant la *Chambre de la Jeunesse* que devant la *Cour supérieure*, dépasser l'hypothèse, même vraisemblable⁵⁹ que l'abus ait eu lieu. Le professeur Ducharme écrit, à propos de l'acceptation des «probabilités» comme preuve suffisante en matière civile, et à partir du nouvel article 2804 C.c.Q.⁶⁰, que la norme de la «probabilité» raisonnable s'applique au parent soupçonné d'agression sexuelle et que la Cour suprême avait déjà décidé qu'un tribunal civil pourrait exiger un degré plus élevé de probabilité que celui habituellement requis dans certains litiges, ce qui, à notre avis, pourrait s'appliquer en matière d'abus sexuel, compte tenu des conséquences graves qui en découlent.

La Cour suprême est donc d'avis que «*les degrés de probabilité pouvaient varier en fonction de chaque espèce*»⁶¹. Aussi, il ne faut pas s'étonner que les tribunaux soient prudents avant de conclure à l'existence d'un abus sexuel et qu'ils se fondent sur des probabilités élevées pour la reconnaître. Il ne s'agit pas

-
57. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 278. Voir la jurisprudence et les auteurs cités par le tribunal. *Droit de la famille-1763*, [1993] R.D.F. 111 à 112 (C.S.). Le tribunal estime qu'il est peu probable que l'enfant ait été agressée sexuellement par sa mère et qu'elle ait assisté à des rites sataniques. Le tribunal indique que le père était sincère, mais qu'il n'était pas d'une bonne foi objective. Les allégations d'abus sexuels ne sont pas fondées. Ce jugement a été confirmé en appel à *Droit de la famille-1763*, (1993) R.J.Q. 2076 à 2086 (C.A.).
58. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.), 741. Dans ce jugement, le tribunal indique, à propos des détails donnés par l'enfant, qu'il doit traiter son témoignage avec prudence et distinguer la réalité des faits décrits avec précision de la fiction fondée sur des faits fantaisistes. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9. Le tribunal estime qu'il doit faire preuve de «beaucoup de prudence» pour évaluer les déclarations de l'enfant. *Protection de la jeunesse*, (C.Q., C. de la J.), Montréal, 500-41-000288-871, 1er novembre 1988, p. 7. Le tribunal se réfère à différents auteurs sur la preuve par présomptions de fait qui conduisent «de la vraisemblance à la certitude».
59. *R.C.A. Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Co.*, (1984) R.D.J. 523 (C.A.), p. 527 et 528.
60. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 141 à 149, p. 53 à 56. L'article 2804 C.c.Q. prévoit que «*La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante*».
61. *R. c. Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103, 137. Voir, dans ce sens, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Montréal, 500-41-000783-905, 9 avril 1992, p. 40. Le tribunal estime devoir exiger un degré plus élevé en matière d'abus sexuel.

d'une situation donnant lieu à un litige ordinaire⁶². Toutefois, il faut prendre garde de confondre les degrés de probabilités, que certains faits se soient produits ou non, avec la prépondérance de la preuve. Cette dernière existe ou n'existe pas^{62a} : il n'y a pas de plus ou moins grande «prépondérance» de preuve^{62b}. Le fait de se montrer plus exigeant, à l'égard de certains faits, pour conclure à la probabilité d'un abus sexuel n'influe donc pas sur le niveau d'exigence de la «prépondérance» de la preuve.

On doit également vérifier les critères d'évaluation utilisés par l'expert puisque la crédibilité de ses conclusions reposent à leur tour, et en bonne partie, sur la fiabilité des techniques utilisées.

CHAPITRE II LES LIMITES DE L'EXPERTISE EN MATIÈRE D'ABUS SEXUEL

Depuis quelques années, les différentes personnes impliquées dans l'évaluation des cas d'abus sexuels ont eu recours à de nombreuses techniques diagnostiques et cela avec un succès mitigé. On a tenté de démontrer que l'enfant victime d'abus sexuel présentait des comportements typiques établissant l'existence d'abus sexuel. Or, les études récentes jettent un doute sur l'utilisation de ces techniques et obligent les intervenants à se montrer prudents pour déterminer s'il y a eu abus sexuel. Nous allons, d'abord, discuter de *la fiabilité des techniques diagnostiques*. Nous verrons, par la suite, que *les comportements des enfants* peuvent, dans certains cas, être le symptôme de l'abus sexuel alors qu'ils peuvent également être le symptôme d'une autre problématique. En dernier lieu, nous examinerons *le rôle de l'expert* auquel on demande une opinion sur l'existence ou non d'abus sexuels.

62. *Protection de la jeunesse*, C.S., Bedford, 460-24-000001-913, 27 octobre 1992; ce jugement a été porté en appel. Voir aussi, *Protection de la jeunesse*, C.S., St-François, 450-24-000001-914, 15 mai 1992, p. 22, 28 et 29 : Il s'agit, à propos de la prépondérance de preuve «d'un test plus sévère» (en matière d'abus sexuel) «que simplement trouver qu'un fait est plus probable qu'un autre».

62a *American Home Ass. c. Auberge des Pins inc.*, (1990) R.R.A. 152 (C.A.Q.).

62b J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance*, (1992), Les Éditions SEM inc., tome II, p. 48.

A) La fiabilité relative des techniques diagnostiques

On a cru à tort que certains moyens, tels les dessins d'enfants, les poupées sexuées et les tests psychométriques pouvaient permettre de déterminer qu'un enfant avait été victime d'un abus sexuel. On s'est aussi persuadé qu'on y arriverait par l'élaboration d'un profil de l'enfant victime d'abus sexuel ou encore par celui de l'adulte agresseur.

1- Les profils de l'enfant victime d'abus sexuel et de l'agresseur

Souvent le témoin expert, dans le but d'aider le tribunal à décider s'il y a eu ou non un abus sexuel, indiquera si l'enfant ou l'agresseur présumé correspondent à des caractéristiques de l'enfant victime d'abus sexuel ou de l'adulte agresseur. On en est venu ainsi, au fil des cas d'espèce, à tirer certaines caractéristiques supposément propres à l'enfant victime d'un abus sexuel ou à l'agresseur et à proposer un cadre théorique, appelé profil, de l'enfant agressé ou de l'agresseur, et la tentation est grande alors de les arrimer l'un à l'autre. Ainsi, entend-t-on des experts affirmer qu'il existerait certains profils valides et généralement acceptés de l'enfant victime d'abus sexuels et de l'agresseur. Pourtant, il n'en est rien⁶³.

Il n'y a pas suffisamment d'éléments convergents fiables, historiques et démographiques, ou encore de types de personnalités ou d'autres facteurs qui permettent de caractériser adéquatement l'enfant victime d'abus sexuel ou l'agresseur. Il n'existe pas non plus de tests physiques ou psychologiques, ni de méthodes absolument fiables pour déterminer qu'un enfant a été victime d'abus sexuel ou qu'une personne a commis un acte d'abus sexuel⁶⁴.

Les tribunaux ont donc, à juste titre, tendance à faire preuve d'un certain scepticisme à l'égard des profils de l'enfant, victime d'abus sexuel, et de l'agresseur.

-
63. *People v. Ruiz* (1990) 90 Daily Journal D.A.R. 5480, Superior Court, No. C19661. *State v. Rimmasch* (1989) No. 58 U.S.L.W. 2011, (Supreme Court of Utah, May 17, 1989). *Protection de la jeunesse-468* [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154 (C.Q.). *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.) 749.
64. L. BERLINER, *loc. cit.*, note 19, p. 48 à 69. Voir aussi, à ce sujet, G.B. MELTON, J. PETRILLA, N.G. POYTHRESS and C. SLOBOGIN, *Psychological evaluations for the Court : A handbook for mental health professionals and lawyers*, New York : Guilford, (1987).

Ainsi, dans un jugement récent⁶⁵, la Chambre de la Jeunesse rejette la preuve selon laquelle le père n'aurait pas le profil d'un «agresseur» sexuel. Le père avait mandaté un médecin psychiatre et un sexologue clinicien pour établir qu'il ne pouvait y avoir eu abus sexuel, et ce par présomption fondée sur le fait qu'il n'avait pas le profil de l'«agresseur» à partir de l'analyse des résultats d'une pléthysmographie⁶⁶. Le Tribunal déclare inadmissible la preuve des résultats obtenus ainsi que le témoignage de l'expert au motif qu'il n'existe pas de liens de connexité entre le fait que le père s'éloigne du profil d'un agresseur et le fait qu'il n'aurait pas abusé de son enfant. De plus, le but de l'expertise visait à renforcer la crédibilité du témoignage du père. La Cour suprême avait déjà statué dans l'arrêt *R. c. Béland*⁶⁷ que la preuve obtenue par *polygraphe* dans le but d'augmenter la crédibilité d'un témoin était inadmissible, et ce indépendamment de la fiabilité de ce test. Les principes énoncés par la Cour suprême doivent, selon le juge, s'appliquer en matière de protection de la jeunesse. Ainsi, l'expert ne peut se prononcer sur le fait que la personne évaluée dit la vérité. Cette preuve ne serait admissible que si l'on attaquait la crédibilité ou la moralité du témoin. Elle est donc généralement inutile⁶⁸. C'est le juge qui est le seul compétent pour apprécier la crédibilité et la fiabilité d'une preuve⁶⁹. Le témoin expert fait connaître son opinion sur des faits qui dépassent les connaissances du juge et non pour dire, à l'aide de tests, que le témoin dit la vérité. Dans cette optique, à quoi peut servir l'expertise du pléthysmographe s'il a pour objet de permettre à l'expert de dire que le présumé agresseur s'éloigne plus ou moins du profil d'un «agresseur» et qu'en conséquence il n'a pu de ce fait commettre un abus sexuel et qu'on devrait le croire lorsqu'il nie les avoir commis. Il s'agit d'une simple opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin⁷⁰.

Déjà en 1987, la Chambre de la Jeunesse était arrivée à la même conclusion à propos des profils d'agresseur, alors que deux témoins experts cherchaient à établir que le père ne présentait pas les caractéristiques d'un «agresseur»

65. *Protection de la Jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.).

66. Ce test consiste à fixer un anneau autour du pénis afin de capter les variations de son volume et ainsi constater s'il réagit à certains stimuli.

67. [1987] 2 R.C.S. 398.

68. *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.), 1148 à 1150.

69. *Id.*, 1150 à 1151.

70. *Id.*

«Avec toute la déférence et le respect que le Tribunal doit à ces deux témoins experts, il nous faut préciser et clarifier qu'il n'a pas à déterminer d'une situation hypothétique.

Le Tribunal n'a pas à déterminer si ce père entre dans le cadre ou la catégorie du père abuseur, mais bien de statuer si ce père en particulier, et dans les circonstances soumises, a abusé de ses enfants.

Cette discussion, aussi intéressante soit-elle, nous apparaît purement académique, distrayante (...) voire hasardeuse car, sans avoir le profil et la personnalité d'un père abuseur, ce dernier peut avoir effectivement abusé de ses enfants⁷¹.»

En conséquence, l'utilisation de cette preuve s'avère peu utile au plan judiciaire pour déterminer, même par présomption, l'existence ou l'absence d'abus sexuels. Les tribunaux doivent s'en tenir aux faits et à la prépondérance des «probabilités», qu'il y ait eu ou non abus sexuel, et les caractéristiques attachées au profil stéréotypé «d'un agresseur» n'a de valeur que si les faits rendent probables l'abus sexuel. À l'inverse, une personne peut abuser sexuellement d'un enfant même si sa personnalité ne correspond pas au profil standard ou à aucun profil «d'agresseur»

2- Les évaluations par tests psychologiques

L'évaluation par tests psychologiques⁷² peut être indiquée si l'on se pose des questions sur la compétence intellectuelle de l'enfant, sa perception de la réalité ou son degré de perturbation affective. Mais, comme moyen diagnostique dans le but de déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel, ce type d'évaluation est peu utile⁷³,

-
71. René Lapointe (D.P.J.) et J.B. et J.P. et Comité de la protection de la Jeunesse, (T.J.), St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988, p. 64.
 72. Les tests les plus fréquemment cités sont le Minnesota Multiphasic Personality Inventory, le Rorschach, le Children's Apperception Test et le Patte Noire.
 73. A. GREEN and D. SCHETKY, *op. cit.*, note 3, p. 78. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000003-917, 10 septembre 1991 : Dans ce jugement, un psychologue concluait, à partir de trois tests psychologiques (Rorschach, Patte-Noire, et le Children Apperception Test), qu'il était «arrivé quelque chose que l'enfant, âgé de trois ans, ne parvient pas à "digérer" et, de là, il inférait qu'il y avait eu abus sexuel».

L'évaluation par tests psychologiques du parent soupçonné d'abus sexuel ne permet pas non plus de diagnostiquer s'il y a eu ou non abus sexuel. À notre avis, l'une des preuves d'expert les plus discutables consiste à suggérer qu'un profil particulier obtenu à l'aide du M.M.P.I. (Minnesota Multiphasic Personality Inventory) ou à partir d'un autre test soit «compatible» ou «incompatible» avec la commission ou la non commission d'un abus sexuel. Comme à peu près n'importe quels résultats obtenus aux tests psychologiques, ou encore l'absence de résultats particuliers, sont «compatibles» avec la présence d'abus sexuel, cette forme d'expertise reste donc sans utilité réelle pour répondre aux questions du tribunal dans les situations d'abus sexuels. Les tribunaux, les psychiatres et les psychologues, qui travaillent dans un cadre juridique, sont devenus, à juste titre, très sceptiques à l'égard des évaluations par tests psychologiques⁷⁴.

L'évaluation par tests psychologiques peut être utile dans l'évaluation d'un enfant ou d'un parent, mais à nul moment permet-elle d'inférer qu'il y a eu ou non abus sexuel^{74a}. Toutefois, là où l'on soupçonne que les allégations d'abus sont fausses, l'administration de tests psychologiques pourra s'avérer utile dans la compréhension du fonctionnement des adultes impliqués et dans l'élaboration de recommandations⁷⁵.

3- Les dessins d'enfants

Les dessins d'enfants ont été étudiés d'une façon approfondie. Certains auteurs concluent que les enfants ajoutent rarement des organes génitaux aux personnages de leurs dessins, mais aucune étude ne permet de conclure à l'abus sexuels à partir du fait de l'ajout d'organes génitaux dans

-
74. M. GUYER, *Sexual Abuse of Children and Adolescents*, in *Review of Psychiatry*, American Psychiatric Press Inc., Washington, D.C., vol. 10, (1991), p. 375. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.S., Montréal, 405-41-000027-891, 3 décembre 1992, p. 84. Le tribunal souligne, à la suite de nombreux tests effectués par plusieurs experts, que «le portrait que les tests permettent de dégager constitue la réalité subjective du sujet, mais ne sont pas le reflet de la réalité objective». Dans cette cause, le juge devait décider si les allégations d'abus sexuels d'un enfant de huit ans étaient vraies ou fausses.
- 74a B. CLARK and C. CLARK, *Psychological Testing in Child Forensic Evaluations*, in *Clinical Handbook of Child Psychiatry and the Law*, Williams and Wilkins, (1992), p. 39.
75. H. WAKEFIELD et R. UNDERWAGER, «*Personality characteristics of parents making false accusations of sexual abuse in custody disputes*», in *Issues in Child Abuse Accusations*, (1990), 2, 121-136.

un dessin d'enfants. En 1987, Hibbard⁷⁶ a examiné les dessins de 52 enfants âgés de 3 à 7 ans, présumés avoir été victimes d'abus sexuels. Elle les compara à un autre groupe de 52 enfants du même âge qui, selon toutes probabilités, ne l'avaient pas été. Dans les deux groupes, 10% des enfants dessinèrent des organes génitaux à leurs personnages. En 1990, elle reprenait la même étude, cette fois auprès de 109 enfants⁷⁷. Et encore une fois, elle mentionnait que seul un petit nombre d'enfants ont dessiné un pénis ou un vagin à leurs personnages. L'ajout d'organes génitaux peut suggérer la possibilité d'abus sexuels, mais il ne constitue d'aucune façon une preuve d'abus sexuel. D'une façon générale, et plus encore lors d'une évaluation pour déterminer s'il y a eu des abus sexuels, *l'importance des dessins d'un enfant tient davantage à la description qu'il en fait et aux explications qu'il en donne, qu'à l'analyse libre et éclairée, mais trop souvent subjective de l'expert*. Les verbalisations de l'enfant deviennent donc essentielles pour conclure à la possibilité d'un abus sexuel. Les seules explications des experts peuvent varier considérablement et conduire à de la spéculation sur les motifs ayant conduit l'enfant à faire tel type de dessins avec certaines caractéristiques sexuelles. Il serait, en conséquence, très aléatoire de faire des déductions, des conclusions et des recommandations à partir des dessins d'enfants^{77a}.

4- Les poupées sexuées

L'utilisation des poupées anatomiques a fait régulièrement partie du processus d'évaluation d'abus sexuel. Leur popularité s'est généralisée bien avant que des recherches ne soient effectuées sur leur valeur et leur fiabilité comme outil d'évaluation. Jusqu'à récemment, on ne disposait pas de données normatives sur les agissements et les réactions des enfants de différents groupes d'âge à l'égard de ces poupées dont les organes génitaux sont bien en évidence. Leur utilisation, lorsqu'on soupçonne des abus sexuels, a soulevé de grandes controverses. Certains professionnels affirmaient qu'à partir des jeux des enfants, il était possible de conclure à l'abus sexuel. D'autres s'objectaient à l'utilisation des poupées sexuées, surtout chez le jeune

-
76. R.A. HIBBARD, K. ROGHMANN, R.A. HOEKELMAN, «Genitalia in children's drawings : An association with sexual abuses» *Journal of Pediatrics*, (1987), 79,129-137.
77. R. HIBBARD, G. HARTMAN, «Genitalia in human figure drawings : Childrearing practices and child sexual abuses» *Journal of Pediatrics*, May 1990, 116(5) : 822-828.
77a B. CLARK and C. CLARK, *op. cit.*, note 74a, p. 45.

enfant, du fait qu'elles pouvaient entraîner et faciliter l'expression de fantaisies ou de jeux sexuels qui pourraient ensuite être interprétés comme des éléments de preuve d'abus sexuels. Le problème provient de l'interprétation des gestes des enfants qui peut être exacerbée quand leur présentation s'accompagne de questions suggestives de la part de l'expert qui montre son intérêt pour les déshabiller, ou lorsqu'il encourage l'enfant verbalement ou autrement à les manipuler d'une certaine façon⁷⁸.

Il existe actuellement plusieurs études sur les comportements d'enfants lorsqu'ils sont mis en présence de ces poupées sexuées utilisées dans le cadre d'une expertise⁷⁹. *L'opinion la plus répandue est que leur manipulation ne constitue ni un test ni une preuve valable d'abus sexuel*^{79a}. Un bon nombre d'enfants qui n'ont pas été victimes d'abus sexuels n'hésitent pas à toucher aux organes génitaux, aux seins ou à frotter les poupées les unes contre les autres allant même, dans 5 à 10% des cas, jusqu'à mettre leur doigt dans les orifices anatomiques des poupées^{79b}. Même le très jeune enfant, normal et non abusé sexuellement, peut imposer des conduites sexuelles très explicites à ces poupées⁸⁰. En conclusion, leur utilisation devient très aléatoire et les agissements de l'enfant à l'égard des poupées sexuées n'ont aucune valeur

-
78. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.), 2705 à 2707.
79. D. GLASER, C. COLLINS, «The Response of Young, Non-Sexually Abused Children to Anatomically Correct Dolls», *J. of Child Psychology and Psychiatry*, Vol. 30, No. 4, (1989). J.M. LEVENTHAL et al. «Anatomically Correct Dolls Used in Interviews of Young Children Suspected of Having Been Sexually Abused», *Pediatrics*, Vol. 84, Nov. 5, (1989). D.P. SCHOR et al., «Interpreting Children's Labels for Sexually Related Body Parts of Anatomically Explicit Dolls», *Child Abuse and Neglect*, Vol. 13, (1989). G.M. REALMITE et al., «Specificity and Sensitivity of Sexually Anatomically Correct Dolls in Substantiating Abuse: A Pilot Study», *J. of the A.A.C.P.*, Vol. 29, No. 5, Sept. 1990, p. 743-746.
- 79a. C. MAAN, *Assessment of Sexually Abused Children with Anatomically Detailed Dolls : A Critical Review*, Behavioral Sciences and the Law, vol. 9, (1991), p. 43-51; K. QUINN et S. WHITE, «Interviewing Children for Suspected Sexual Abuse» in *Clinial Handbook of Child Psychiatry and the Law*, Williams and Wilkins, (1992), p. 134; H. VAN GILJ-SEGHEM, dans *L'enfant mis à nu*, Éd. Méridien, (1992), p. 135-137.
- 79b. D. COHN, *Anatomical Doll Play of Preschoolers Referred for Sexual Abuse and those not referred*, *Child Abuse and Neglect*, vol. 15, (1991), p. 455-466.
80. M. EVERSON, B. BOAT, «Sexualized doll play among young children : Implications for the use of anatomical dolls in sexual abuses allegations», *J. Am. Acad. Child and Adolescent Psych.* Vol. 29, No. 5, Sept. 1990, pp. 736-742.
-

probante, sauf s'ils sont accompagnés de verbalisations spontanées d'abus sexuels. Toutefois, le simple fait d'orienter l'enfant à manipuler ces poupées ou de les lui présenter, bien souvent toutes nues, suffit généralement à entacher la crédibilité de l'enfant ou celle du témoin expert.

La Chambre de la Jeunesse du Québec et la Cour d'appel de l'État de la Californie⁸¹ ont été parmi les premiers tribunaux à se prononcer clairement sur la non recevabilité des poupées sexuées comme preuve d'abus sexuel. En effet, en 1986, la Chambre de la Jeunesse avait rejeté la preuve faite au moyen des poupées anatomiques à cause de la suggestibilité utilisée par l'expert pendant l'entrevue. Le tribunal notait, concernant l'entrevue de l'expert, que :

«On assiste là à un jeu fort dirigé avec des questions qui suggèrent non seulement la réponse, mais qui parfois les donnent ... le fait qu'il fut obligé de questionner de façon si suggestive et insistante pour obtenir les réponses ... fait perdre aux réponses leur caractère spontané et, partant, ce qui fut dit par les enfants n'était plus des "déclarations", ayant perdu leur caractère volontaire»⁸².

Le Tribunal ajoutait, qu'en l'absence de règles scientifiques sur la manière de mener une entrevue avec les poupées sexuées, leur utilisation ne pouvait constituer un élément de preuve crédible⁸³. Plus loin, le tribunal soulignait que cette technique pouvait donner lieu à des entrevues et que, si elles avaient eu lieu sous forme d'interrogatoire devant la Cour, il aurait «fait

81. Dans *re: Amber B 236 Cal. Rptr. 623 (Cal. Ct. App. 1987)*.

82. *Protection de la Jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.), 2709. Voir aussi, *Protection de la jeunesse*, T.J., Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988. On peut lire à la page 7 qu'en aucun cas, l'enfant n'est allée chercher naturellement les poupées mâles ... on a dû les lui remettre déhabillées pour l'inciter à jouer avec celles-ci. À trois reprises, le tribunal note que l'expert doit «insister» pour avoir des réponses. À la page 14, le tribunal refuse d'accorder de la crédibilité à l'expertise. Le tribunal conclut que : «L'entrevue n'a pas les éléments de fiabilité et de spontanéité nécessaires à cette expertise ... L'entrevue a été dirigée et à plusieurs reprises».

83. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.).

*droit aux objections vu le caractère dirigé de l'interrogatoire... Cette façon de procéder est inacceptable*⁸⁴.

En 1988, la Chambre de la Jeunesse constate que la technique des poupées sexuées était, à cette époque, de plus en plus utilisée dans le but d'évaluer les fondements d'allégations d'abus sexuels à l'égard de très jeunes enfants⁸⁵. S'inspirant de la doctrine⁸⁶, le Tribunal, dans le but de fournir un cadre scientifique quant à l'acceptation de la preuve par poupées sexuées, reprend les trois éléments nécessaires dont dépend la force probante d'une preuve dérivée d'un principe scientifique, à savoir :

- «1. la validité du principe scientifique justifiant des déductions de faits connus à un fait que l'on cherche à connaître;*
- 2. la fiabilité de la technique en regard du «degré d'acceptabilité» de cette technique par la communauté scientifique pertinente;*
- 3. l'application selon les règles de la science de cette technique faisant ainsi référence également à la formation et à l'expérience de l'utilisateur comme de l'analyste, le cas échéant⁸⁷».*

Le Tribunal estime que la nouveauté de la technique d'entrevue, à partir des poupées sexuées, oblige la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve à établir de façon prépondérante chacun de ces trois éléments afin de permettre au Tribunal de décider de l'admissibilité de la preuve. Or, dans ce litige, le tribunal a conclu à l'absence presque totale de preuve concernant ces éléments⁸⁸. Signalons, enfin, que la technique des poupées n'est plus que rarement utilisée aujourd'hui dans notre milieu.

84. *Id.*, 2710. On peut lire également que «la façon dont les enfants ont été amenés à répondre fait perdre toute valeur probante au vidéo et au témoignage des enfants s'y trouvant».

85. *Protection de la Jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753, 1747.

86. P. PATENAUDE, «De la recevabilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique», (1983) 43 *R. du B.* 51-60.

87. *Id.*, p. 60.

88. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753. «Des prémisses peu sûres, une technique incertaine appliquée par une personne (...) peu expérimentée, dans des conditions particulièrement oppressantes pour une enfant de cet âge et ne révélant finalement que des indices imprécis et équivoques».

On constate de plus en plus que la problématique des abus sexuels ne cesse de prendre de l'importance. On sait également que la corroboration lorsque nécessaire, est particulièrement difficile à obtenir, notamment à cause des maladroitness des personnes chargées d'évaluer ces cas, et qui ont dû devenir, sans préparation adéquate, des experts dans un domaine très complexe. La croyance en des techniques non reconnues scientifiquement, comme l'utilisation des dessins d'enfants et des poupées sexuées, l'administration de tests psychométriques et l'absence d'une démarche d'évaluation globale est ce qui a généralement favorisé un diagnostic à la hausse des abus sexuels⁸⁹. Cette situation résulte des conclusions malencontreuses de certains experts ou autres personnes qui associent invariablement certains comportements particuliers chez les enfants à l'existence d'abus sexuels.

B) Les comportements typiques de l'enfant et abus sexuels: une corrélation peu sûre

On retrouve une grande diversité de symptômes chez un petit nombre d'enfants victimes d'abus sexuels; parfois, les symptômes sont légers, parfois, ils sont très sévères. Les symptômes les plus fréquemment observés sont la crainte, l'anxiété, la colère, le retrait, les préoccupations et la précocité sexuelle, les difficultés scolaires et les troubles du sommeil.

La présence de symptômes ne permet pas, toutefois, d'en inférer la cause et aucune convergence des symptômes n'a pu être associée à l'abus sexuel d'une façon suffisante pour constituer un syndrome. *Tous les symptômes énumérés plus haut se rencontrent fréquemment chez de nombreux enfants sur lesquels il ne pèse aucun soupçon d'abus sexuels.* Les comportements et les symptômes que certains affirment être des «indicateurs» d'abus sexuels peuvent très bien l'être, mais ils peuvent également être attribuables à des variations normales du développement de l'enfant, à des problèmes graves d'apprentissage scolaire⁹⁰, à des abus physiques, à la négligence

89. «The Netherlands : Child sexual abuse», *International Bulletin of Law and Mental Health*, Vol. 2, No. 1, Spring, 1990. p. 21-23.

90. *Protection de la jeunesse*, T.J., Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 8 à 12. Le pédopsychiatre, à l'aide d'une expertise élaborée, démontre que l'enfant handicapée, depuis son jeune âge, souffrait d'une phobie scolaire simple l'amenant à avoir des attitudes de nature à la dispenser de l'école, et à tenir des propos, lorsqu'elle était

affective, à des conflits familiaux, à la discorde parentale, à des comportements d'imitation d'adultes ou d'enfants observés personnellement ou à partir de vidéocassettes ou d'émissions de télévision⁹¹. Certains symptômes ou comportements peuvent aussi résulter du stress que génèrent les batailles judiciaires à propos de l'enfant, surtout lorsqu'elles n'en finissent plus.

Les études rétrospectives et les études cliniques sur les effets à longs termes suggèrent que la dépression est le symptôme le plus souvent observé chez les adultes victimes d'abus sexuels dans leur enfance⁹². D'autres études font état d'anxiété, de dévaluation de l'estime de soi et de l'incapacité à établir des relations inter-personnelles et sexuelles. Toutefois, même si les victimes démontrent collectivement un plus haut niveau de perturbation que les «groupes contrôles» composés de personnes n'ayant pas été victimes d'abus sexuels, moins de 20% d'entre eux souffrent de psychopathologies sérieuses⁹³. En conséquence, ces études nous incitent à beaucoup de prudence lorsqu'on discute des effets à long terme des abus sexuels, d'autant plus que les conséquences à court terme ne sont pas toujours facilement identifiables.

L'impact d'un abus sexuel chez un enfant requiert une évaluation bien personnalisée de celui-ci. *Il serait erroné de tenir pour acquis que des expériences d'abus sexuels auront les mêmes conséquences chez tous les enfants.* Les facteurs à considérer lors de l'évaluation sont la présence ou l'absence de symptômes, la nature même de l'agression, sa sévérité, le contexte de l'abus, l'histoire antérieure de mauvais traitements, le niveau de développement de l'enfant, la dynamique familiale, la vulnérabilité de l'enfant et ses capacités d'adaptation ainsi que la qualité de support disponible dans les circonstances. La présence d'une grande variété de symptômes n'est pas

-
91. questionnée intensivement, de nature à plaire aux adultes intéressés et bien intentionnés. J. BULKLEY, «Legal proceedings, reforms, and emerging issues in child sexual abuse cases», (1988) *Behavioral Sciences and the law*, 6, 153-180. G.B. MELTON and S. LIMBER, «Psychologists involvement in cases of child maltreatment. Limits of role and expertise.», (1989) *American Psychologists* 44, 1225-1233.
 92. A. BROWNE and D. FINKELHOR, «Impacts of child sexual abuses : A review of the research», (1986) *Psychological Bulletin*, 99, 66-77.
 93. Tufts New England Medical Center, Division of Child Psychiatry, *Sexually exploited children: service and research project*. Final Report for the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice (1984).

nécessairement révélatrice de l'abus sexuel⁹⁴. À l'inverse, il est tout aussi erroné de prétendre que la présence d'un symptôme ou encore son absence puisse permettre d'établir qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu abus sexuel^{94a}. Me Thomas Walsh, sans doute avec un certain cynisme, illustre ce propos en faisant remarquer que, pour certains experts et procureurs :

«Tout symptôme pourra potentiellement faire croire que l'enfant a été abusé; si l'enfant ne dit rien, il protège son agresseur; s'il parle, puis se rétracte, il fait de même; s'il n'a pas de symptômes, il les sublime, et cette absence de symptômes est elle même symptomatique⁹⁵».

C) Le rôle du témoin expert⁹⁶

Nous allons discuter du rôle du témoin expert au plan de son utilité et des limites de l'expertise lorsqu'il s'agit d'établir s'il y a eu ou non abus en nous demandant quand son témoignage est recevable et admissible par les tribunaux. Mais il n'est pas sans intérêt non plus d'indiquer comment l'expert peut arriver à fournir une expertise scientifiquement valable, compte tenu des aléas et des limites de toutes formes d'expertise.

1- La recevabilité et l'admissibilité des témoignages des témoins experts par les tribunaux

On doit distinguer la recevabilité du témoignage d'un expert de la crédibilité ou de la valeur probante qu'on doit lui reconnaître avant de l'admettre.

Les auteurs J.-L. Baudouin et Y. Renaud précisent à ce sujet :

-
- 94. J. R. CONTE and J. R. SHUERMAN, «Factors associated with an increased impact of child sexual abuse», *Child Abuse and Neglect*, Vol. 11, (1989), p. 201-211.
 - 94a. *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 à 537 (C.S.) 536. Dans ce jugement, le tribunal fait remarquer qu'il n'y avait aucune preuve prépondérante de séquelles chez l'enfant. Note : cela ne prouve rien, en tout état de cause, ni qu'il n'y a pas eu d'abus sexuel ni qu'il y en a eu un.
 - 95. T. WALSH, *loc. cit.*, note 25, p. 19.
 - 96. Les experts en matière d'abus sexuels sont généralement des gynécologues, des pédiatres ou encore des pédopsychiatres ou des psychologues et des travailleurs sociaux. On trouve aussi des sexologues à l'occasion.

«Qu'il y a lieu de distinguer entre l'admissibilité d'une preuve par témoins et l'acceptation d'une telle preuve. Admettre la preuve testimoniale, c'est la recevoir pour lui reconnaître des effets juridiques que le tribunal apprécie en fonction de la crédibilité des témoins. Recevoir la preuve testimoniale, c'est accepter de l'entendre sans nécessairement avoir décidé qu'elle est admissible»⁹⁷.

Pour les fins de notre exposé, nous allons distinguer la recevabilité de l'admissibilité du témoignage d'un expert même si les tribunaux semblent parfois considérer ces deux expressions comme des synonymes⁹⁸.

a) La recevabilité du témoignage d'un expert

Quel que soit le tribunal devant lequel il témoigne, l'expert, à la suite de son évaluation, peut témoigner en donnant son avis sur la commission ou non d'un abus sexuel⁹⁹. Parfois, l'expert donne aussi son opinion sur la crédibilité de l'enfant ou du présumé agresseur. Enfin, il peut aussi vouloir se prononcer sur les expertises faites par d'autres, ou donner son avis sur des théories en matière d'abus sexuel¹⁰⁰. Sauf dans les hypothèses où l'expert constate par lui-même des *faits cliniques* ou encore s'il donne son opinion sur

-
97. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, vol. 4, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1990, p. 124 sous l'ancien article 589 C.c.Q.
98. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.). Voir, entre autres, à la page 743 où l'on distingue la recevabilité de la valeur probante d'une preuve alors qu'à la page 744 on parle «d'admissibilité» au sens de la «recevabilité» tandis qu'à la page 745, on donne vraiment au terme «recevabilité» le sens qu'il doit recevoir en droit civil en matière de preuve.
99. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-308*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1057 (C.Q., C. de la J.), 1043. Les deux gynécologues, dans cette décision, ne peuvent relier les traumatismes causés aux parties génitales à un abus sexuel. *Protection de la jeunesse*, T.J., Charlevoix, 240-41-000016-87, 18 décembre 1987, p. 3. Le pédiatre conclut que la maladie ne pouvait expliquer les lésions vulvaires chez l'enfant, lesquelles n'ont pu être causées par celle-ci, mais plutôt par des manipulations des organes génitaux par une autre personne. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 277 : le sexologue témoigne sur les traumatismes et les attitudes de l'enfant.
100. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750, (C.S.), 743. Le tribunal autorise l'expert à donner son avis sur «les fausses allégations d'abus sexuels dans les causes de divorce, de garde d'enfants et autres» à commenter «les rapports et les témoignages des autres experts au dossier» et à «donner son opinion sur la manière dont les divers interrogatoires de l'enfant ont été menés». Le nouvel article 2843 C.c.Q. réfère à la «déclaration par laquelle un expert donne son avis».

la qualité des expertises effectuées par d'autres, son témoignage est fondé sur du *ouï-dire* puisqu'il n'a pas été témoin directement des événements qui lui sont rapportés, d'où la question de la «recevabilité» de son témoignage.

Le juge Brian Dickson, parlant au nom de la Cour suprême, s'exprime ainsi sur la recevabilité du témoignage d'un expert.

«Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge ou au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui selon, toute vraisemblance dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury»¹⁰¹.

En d'autres termes, le témoignage de l'expert sera irrecevable s'il est inutile pour permettre au tribunal de tirer ses propres conclusions sur les faits établis devant lui. C'est donc une question de *nécessité et non d'utilité*¹⁰² concernant des connaissances particulières qui autorisent l'expert à donner son opinion sur des aspects susceptibles d'aider le tribunal à décider s'il y a eu non commission d'un abus sexuel¹⁰³. Ainsi, le témoignage d'opinion sur la crédibilité, laquelle relève de la seule compétence du tribunal, doit être exclu¹⁰⁴, sauf si cette preuve permet d'expliquer certains comportements particuliers pouvant expliquer les déclarations ou propos contradictoires de l'enfant^{104a}. Le témoignage ne doit porter également que sur des faits liés intimement à la preuve de *la commission ou non d'un abus sexuel et aux*

101. R. c. Abbey, (1982) 2 R.C.S. 24, 42.

102. Ibid.

103. Voir, J.C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1987, p. 169. Voir, *Graat c. R.*, (1982) 2 R.C.S. 819, 839. Voir aussi, *Protection de la jeunesse*-539, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.), 1150. L. GÉLINAS et B. M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 26. Les auteurs associent le témoignage de l'expert «à la pleine compréhension des faits mis en preuve».

104. Voir à ce sujet, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 738, p. 244 et no 1363, p. 445.

104a L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 57 à 61.

diverses explications possibles et non sur des questions de droit¹⁰⁵ ou sur d'autres aspects sans lien direct avec l'objet du litige¹⁰⁶.

L'expert peut donc donner son opinion sur le lien de causalité entre un abus sexuel possible et les verbalisations, les réactions et les attitudes de l'enfant puisque les abus sexuels sont d'abord une question de faits¹⁰⁷ qui exigent une preuve complète, incluant autant les faits physiques, cliniques, psychologiques ou médicaux que les déclarations de l'enfant et des témoins ordinaires.

Bref, de façon générale, le problème de l'expertise n'existe pas vraiment au niveau de sa *recevabilité*, mais plutôt, comme l'indique la Cour suprême, au niveau de son *admissibilité* qui soulève la question de la *valeur probante* à accorder à l'opinion de l'expert¹⁰⁸.

b) L'admissibilité du témoignage d'un expert

Reconnaître des effets à un témoignage, c'est décider d'abord de sa valeur ou de sa valeur probante. Le tribunal devra donc évaluer *la crédibilité de l'expert, sa compétence, son expérience, la manière dont il a procédé ou effectué l'entrevue, les objectifs poursuivis et la validité c'est-à-dire le caractère scientifique, le cas échéant, de tests utilisés, de son aptitude à rapporter des faits ou des déclarations et, enfin, les conceptions personnelles de l'expert à l'égard de l'abus sexuel ou de certains gestes à caractère sexuel*¹⁰⁹. En effet, il n'est pas sans intérêt d'indiquer la différence importante

105. *Graat c. R.*, (1982) 2 R.C.S. 819, 839. Le juge distingue entre l'opinion sur une question de droit et celle concernant les faits. Voir la discussion au sujet du témoignage d'opinion sur des faits ou l'issue du litige dans *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-41-000830-870, 28 mars 1988, p. 7 à 9. Même si l'expert, par exemple, peut indiquer si certains gestes paraissent abusifs ou non, c'est au tribunal qu'il revient de préciser la définition de l'abus sexuel c'est-à-dire quand *légalement* on est en présence d'un abus sexuel peu importent les théories des uns ou des autres.

106. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 738, p. 244 et no 1363, p. 445. Le tribunal n'est pas tenu de recevoir une preuve n'ayant aucun rapport avec le litige.

107. *Protection de la jeunesse*-323, [1988] R.J.Q. 1473 à 1479 (T.J.).

108. *R. c. Abbey*, (1982) 2 R.C.S.

109. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 508, p. 168. L'auteur parle aussi des connaissances de l'expert, de son sens d'observation, de la fidélité de sa mémoire. Le nouvel article 2845 C.c.Q. précise que «la force probante du témoignage est laissée à la discrétion du

entre la «probabilité juridique» et la «probabilité scientifique» de l'existence d'un abus sexuel. L'expert peut s'abstenir de répondre s'il n'est pas certain alors que le tribunal doit trancher. Ainsi, au plan juridique la *force probante* repose, en réalité, sur une plus grande probabilité que l'abus sexuel ait eu lieu plutôt qu'il n'ait pas eu lieu^{109a}. En revanche, au plan scientifique, la probabilité conduit les experts à conclure à son existence que s'il est possible dans une proportion très élevée^{109b}. Il faut chercher chez l'expert, compte tenu de la quasi-certitude à laquelle il peut arriver, tous les éléments susceptibles de faire comprendre ou d'expliquer ses conclusions puisque sa «probabilité» n'est pas évaluée comme celle du tribunal^{109c}.

À la lumière des expertises contradictoires produites dans un même dossier, on constate combien il est essentiel de vérifier non seulement la compétence de l'expert en regard du genre d'expertise effectuée par lui et des conclusions recherchées, *mais il nous apparaît imprudent de ne pas aussi s'informer des conceptions ou des théories partagées par l'expert*. Celles-ci peuvent, dans certains cas, expliquer les contradictions, sans compter que l'interprétation des déclarations, des tests, des faits cliniques pourra conduire un expert à accepter, par exemple, que certains gestes à connotation sexuelle ne soient pas considérés comme un abus sexuel, alors que pour un autre, les mêmes gestes en constituent un¹¹⁰.

tribunal».

109a K. LIPPEL, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine», (1992) 22 R.D.U.S. 445, 450. Même si l'auteur traite de l'expertise médicale, on peut étendre ses propos à tous les experts en matière d'abus sexuel. Voir aussi, art. 2804 C.c.Q.

109b K. LIPPEL, *loc. cit.*, note 109a, p. 450.

109c Snell c. Farrell, (1990) R.C.S. 311, 330.

110. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.). Dans ce dossier il y a eu neuf experts. Deux gynécologues ne peuvent conclure à l'abus sexuel, l'enfant semblant souffrir, de façon chronique de vulvo-vaginite et de dermatite. Parmi les quatre psychologues ayant témoigné, trois concluent à l'absence de relations incestueuses entre sa mère et sa fille compte tenu des valeurs de la mère, alors que l'autre estime qu'il y a bien abus sexuel en raison des séquelles importantes et nuisibles constatées chez l'enfant. L'un des deux psychiatres, compte tenu des théories sur le sujet ne peut conclure à l'abus sexuel alors que l'autre estime qu'il s'agit de gestes inappropriés pouvant causer des problèmes plus tard à l'enfant. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 277 à 284 (C.Q., C. de la J.) 277. On peut lire qu'un psychologue, qui a eu de la difficulté à obtenir des verbalisations de l'enfant, constate que ce dernier est perturbé par le présumé agresseur anxieux, insécure et angoissé, attitude conduisant à la vraisemblance d'un abus. L'autre psychologue, qui a rencontré plusieurs fois l'enfant, ne

Ainsi, dans une décision récente, la Chambre de la Jeunesse déclare avoir des réticences à accepter le témoignage d'un expert pour les motifs suivants :

«Le psychiatre ... a soutenu qu'il ne voyait pas de problème à ce qu'une mère embrasse son enfant sur la vulve si cela était dans un contexte global d'affection alors qu'à la mère, qui s'informe quoi faire avec son fils qui lui demande de l'embrasser sur le pénis, il ne lui conseille certainement pas de passer à l'action»¹¹¹.

Le tribunal s'intéresse également aux assises sur lesquelles s'appuie un autre expert qui ne voit rien de particulier dans le geste posé par la mère en faisant état du «mouvement naissant pour le respect des droits de l'enfant et la libération de l'enfant». Le psychologue partage aussi les vues que l'enfant doit avoir une «expérience sexuelle extensive» et être «encouragé à se masturber et parler des choses sexuelles»¹¹². À la lumière de ce passage, le tribunal réalise que les conceptions de l'expert, en matière sexuelle, influenceront sur l'interprétation qu'il pourra fournir pour expliquer certains gestes à caractère sexuel.

La question de la compétence soulève aussi plusieurs interrogations. Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal s'interroge sur la compétence d'un travailleur social pour analyser la personnalité de la personne soupçonnée d'avoir commis un abus sexuel. Tout expérimenté qu'il soit, il avait néanmoins, à partir d'une grille concernant les pères agresseurs dans les situations d'inceste, dressé la liste des caractéristiques du père sur la seule foi des constatations d'une tierce personne¹¹³. Dans un autre dossier, le travailleur social procédait suivant des modalités «pré-établies», notamment «quand un enfant aborde une question d'abus sexuel, on le croit», ce qui l'avait amené à ne pas requérir de consultation ou d'autres expertises, se contentant de

peut conclure ni positivement ni négativement qu'il y a eu abus alors qu'un sexologue estime que l'enfant n'est pas traumatisé, mais qu'il a vécu les jeux sexuels. Enfin, un autre psychologue ajoute qu'il n'a pas décelé chez le père de signes caractéristiques d'une sexualité perturbée.

111. *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.), p. 1749.

112. *Ibid.*

113. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.), 2709.

quelques indices généraux comme la tristesse et la peur des hommes chez l'enfant¹¹⁴.

Dans un autre jugement, le tribunal constate que l'expert avait eu une carrière orientée vers le domaine de la narcomanie, n'ayant eu que peu de cas d'abus sexuels dans sa pratique professionnelle¹¹⁵. On peut aussi s'étonner qu'un pédiatre, n'ayant trouvé aucune trace physique pouvant laisser croire à un abus sexuel, s'était quand même autorisé à donner ses impressions sur l'existence de cet abus à partir des verbalisations de l'enfant, outrepassant possiblement son champ de compétence¹¹⁶.

Au-delà de la compétence, de l'expérience et des conceptions de l'expert, sa crédibilité dépendra de la fiabilité des techniques utilisées tel qu'expliquées plus haut¹¹⁷. Le tribunal doit donc considérer plusieurs éléments avant de donner effet au témoignage de l'expert, c'est-à-dire de l'admettre comme un élément important de la preuve pour déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel. Enfin, rappelons que son témoignage doit être en rapport avec le domaine dans lequel il a reçu une formation. S'il se prononce sur d'autres aspects, ne relevant pas de sa compétence, il devient un témoin ordinaire sans plus pour cette partie de son témoignage. En conclusion, l'admissibilité de son témoignage relève de la compétence exclusive du tribunal qui doit tenir compte :

«... non seulement les facteurs de crédibilité du témoin en général, mais également la compétence de celui-ci de même que la fiabilité des instruments d'évaluation et des techniques auxquels il aura recours»¹¹⁸.

La fiabilité des évaluations de l'expert, une fois sa compétence établie, relève plutôt des pratiques professionnelles essentiellement variables par

114. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 605-414-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9.

115. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-41-000830-879, 28 mars 1988, p. 12 et 13.

116. *Protection de la jeunesse*, T.J., St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988, p. 30 à 33.

117. *Supra*, p. 23 à 32.

118. *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.), 1747.

définition. Toutefois, il est possible d'en arriver à proposer des jalons pour établir quand une expertise répond à des critères de qualité générale^{118a}.

2- Les qualités d'une expertise valable

En juin 1988, l'Académie américaine de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent expédiait à tous ses membres un document intitulé *Guidelines for the Clinical Evaluation of child and Adolescent Sexual Abuse*¹¹⁹. L'Académie voulait ainsi mettre en garde le public et la communauté scientifique contre l'apparition et l'utilisation de toute une série de méthodes d'investigation et d'évaluation qui ne rencontraient pas les normes et les standards d'excellence nécessaires, risquant de causer des torts et des injustices irréparables à l'enfant et à sa famille¹²⁰. En matière d'abus sexuel, toute erreur risque de compromettre la vie future de l'enfant, de détruire sa famille, la carrière et la réputation du présumé «agresseur», ainsi que la relation parent-enfant. La même année, la Chambre de la Jeunesse dégageait à son tour la règle de prudence suivante à l'égard d'un abus sexuel :

*«Bien qu'il soit normal de considérer toute déclaration d'un enfant de bonne foi, et donc crédible, la nature même de l'abus sexuel, la gravité objective d'une telle situation et les conséquences très importantes qu'elle peut entraîner sur le processus d'intervention obligent à beaucoup de prudence»*¹²¹.

Nous savons maintenant avec exactitude que l'enfant placé dans des situations où la suggestion et la contrainte sont présentes, peut tenir des propos laissant croire à l'existence d'un abus sexuel qui, dans les faits, n'a jamais eu lieu. L'enfant, jusqu'à l'âge de 6 ou 7 ans, est particulièrement vulnérable à

-
- 118a L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 70 à 75. Les auteurs font état de l'influence des expertises sur l'issue d'un litige et discutent en général de la qualité d'une bonne expertise. Note : Leurs réflexions nous amènent précisément à circonscrire les qualités essentielles d'une expertise valable en matière d'abus sexuel.
119. Document préparé par le «Committee on Rights and Legal Matters of the American Academy of child and Adolescent Psychiatry» et approuvé par l'exécutif de l'A.A.C.A.P. le 10 juin 1988, 3615 Wisconsin Avenue, N.W. Washington, D.C. 20016.
120. M. GUYER, «*Child Psychiatric and Legal Liability Implications of Recent Case of Law*», J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry, vol. 29, no 6, nov. 1990, p. 961.
121. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Abitibi, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9 et 10.
-

la suggestion, au désir de plaire, aux marques d'affection et au désir excessif d'être le centre d'intérêt. *Il pourra admettre ce qu'un parent ou un expert, même bien intentionné, lui demande d'admettre.* L'abus sexuel d'un enfant soulève tellement de sentiments négatifs que l'on voudrait croire que l'enfant ne ment jamais sur ce sujet. Nous devons être très vigilants en présence d'un adulte vivant une période de stress intense et qui, pour compenser cette difficulté, peut trouver une explication nouvelle à sa détresse et découvrir des éléments d'une réalité qui jusqu'alors avait semblé lui échapper¹²². L'individu paranoïde ou histrionique devient, dans ce contexte, particulièrement susceptible d'interpréter différemment la réalité, surtout s'il reçoit un appui de l'enfant qui, pour calmer l'agitation du parent ou éviter d'être en situation de conflit avec ce dernier, reprend à son compte les préoccupations, les perceptions, les convictions ou les délires de ce parent.

La condition essentielle pour faire une évaluation complète de la situation est de pouvoir rencontrer toutes les parties, incluant l'enfant, et non seulement une ou deux personnes. En second lieu, et surtout quand la déclaration d'abus sexuel est liée à un conflit sur la garde et les droits de visite, l'expert doit pouvoir évaluer simultanément *l'enfant et son milieu de vie* afin d'être en mesure de témoigner personnellement et directement de ces observations, faits ou preuves cliniques devant le tribunal. L'évaluation de l'enfant et de son contexte de vie permet souvent *de comprendre des phénomènes, symptômes, comportements ou problèmes qui, autrement, ne trouveraient pas d'explications*¹²³. Le refus d'un parent de participer à une

-
122. *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.). Il s'agit d'un couple perturbé avec des problèmes d'alcool pour le père et de dépression pour la mère. Ils se sont séparés quatre fois avant la séparation définitive. La garde fut confiée au père. La mère voulait obtenir la garde de sa fille. C'est dans ce contexte qu'arrive le signalement d'abus sexuel fait par la mère. D'après la preuve faite devant le tribunal, on constate que la mère déformait la réalité pour donner à des indices une signification qu'ils n'avaient pas.
123. G. AWAD, «The assessment of custody and access disputes in cases of sexual abuse allegations», *Can. J. Psychiatry*, Vol. 32, Oct. 1987, p. 539-544. L. MORIN, «Les techniques d'évaluation de l'intervenant psychosocial devant le tribunal de la jeunesse et la Cour supérieure», (1981) 11 *R.D.U.S.*, p. 591. D. SCHETKY and A. GREEN, *op. cit.*, note 3, p. 58. A.H. GREEN, «True and false allegations of sexual abuse in child custody disputes», *Amer. Acad. Child Psychiatry*, (1986), Vol. 25, pp. 449-451. A.J. SALNIT, «Developments in Child Psychoanalysis in the Last Twenty Years, Pure and Applied : A Vital Balance», in *Studies in Child Psychoanalysis : Pure and Applied*, Monograph Series

évaluation familiale ou conjointe ne constitue pas une raison suffisante pour l'exclure du processus. L'expert, qui ne cherche pas à rencontrer toutes les parties, commet généralement une grave erreur¹²⁴. Quant à l'enfant lui-même, il faut s'assurer qu'il se sente à l'aise, quitte à le rencontrer seul initialement pour établir un climat de confiance. On doit, en outre, ne pas imposer de contraintes à l'enfant *en lui permettant d'aller et de venir à son gré pendant l'entrevue*.

Le grand nombre d'expertises, dans certains dossiers, laisse parfois songeur¹²⁵. Toutefois, les critères de qualité de l'évaluation, de compétence de l'expert et le respect des droits fondamentaux de chaque partie doivent avant tout guider les tribunaux à recevoir les expertises produites par les parties. L'expert doit rencontrer l'enfant le moins de fois possibles, dans un environnement accueillant, sans avoir déjà présumé que les allégués d'abus sexuels sont vrais ou faux. Il importe de recueillir les informations à partir du point de vue de chaque parent; il peut même s'avérer nécessaire de passer un certain temps seul avec un parent, surtout si l'allégation s'avère fausse ou si l'un des parents a été lui-même victime d'abus sexuel. Il arrive trop souvent que les difficultés rencontrées pour établir s'il y a eu abus sexuel proviennent du fait que l'expert n'a pas rencontré l'enfant dans le contexte de sa famille.

Il est nécessaire que l'expert évite toute alliance avec l'un ou l'autre parent ou toute autre partie¹²⁶. Le manque d'objectivité devient apparent, par exemple, quand l'expert ne rencontre qu'un seul parent. Cette erreur

-
- of the Psychoanalytic Study of the Child, Yale University Press, (1975), p. 4 et 5.
124. M. ELTERMAN and M. EHRENBURG, «*Sexual Abuse Allegations in Child Custody Disputes*», International Journal of Law and Psychiatry, vol. 14, 1991, p. 269 à 286.
125. Pourtant dans le domaine de l'abus sexuel, les experts sont nombreux. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.) et *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 à 537 (C.S.) p. 532 : il y a eu au moins neuf experts dans ce dossier. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.). On a fait entendre quatre experts. *Protection de la jeunesse*, (T.J.), St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988. On peut compter au moins cinq experts. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 500, p. 166. L'auteur signale que le nombre de témoins «*déposant en faveur de l'existence d'un fait n'est pas déterminant en soi... les témoignages se pèsent et ne se comptent point*».
126. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 508, p. 168. L'auteur associe la «*crédibilité*» à l'indépendance, entre autres, du témoin à l'égard des parties en cause. Voir aussi, L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 72 à 73.

devient encore plus sérieuse quand les déclarations d'abus sexuels sont faites à l'occasion d'une séparation de corps, d'un divorce ou d'un conflit sur les droits de visite. Trop souvent, l'expert prend pour acquis que les allégations sont vraies et perçoit la demande d'évaluation comme une demande de confirmation de ses conclusions présumées. Si l'expert n'adopte pas consciemment une position de neutralité, il y a alors un risque élevé que celui-ci interprète les données de façon idiosyncrasique et crée, pour ainsi dire, un abus sexuel inexistant¹²⁷. Aussi paradoxalement que cela puisse paraître, l'expert doit éviter les questions qui ne demandent comme réponses qu'un «oui» ou un «non». En effet, l'enfant répondra facilement par «oui» ou «non» en croyant qu'il s'agit de la réponse attendue par l'adulte ou encore pour simplement ne pas avoir à répondre réellement à la question. Ce type d'interrogations a aussi le défaut d'empêcher l'enfant de décrire ses propres expériences. De plus, *la répétition de questions peut être vécue par l'enfant comme l'indication qu'il n'a pas encore donné la bonne réponse*. Dans les situations où l'enfant doit répondre successivement à plusieurs questions qui lui sont posées par différentes personnes chargées de l'évaluation et par des parents inquiets, nous pouvons facilement comprendre comment il *arrive à modifier ou à altérer ses perceptions initiales et même à créer de nouveaux événements et à élaborer un tout nouveau discours*. Enfin, les longues questions présentent également des inconvénients particuliers; trop souvent, elles donnent à l'enfant des repères qu'il pourra utiliser pour élaborer ses réponses, se privant ainsi de choisir ses propres mots ou phrases pour raconter le récit des événements.

L'expert doit également s'interroger sur les pratiques et les attitudes familiales à l'égard de la nudité, sur les expériences des enfants en regard des jeux sexuels entre eux et sur les habitudes parentales, surtout au moment du bain, de même que le vocabulaire utilisé par les membres de la famille lorsqu'il est question de sexualité. Souvent, lorsque les parents vivent séparés, certaines habitudes, jugées acceptables quand ils vivaient ensemble, deviennent une source d'inquiétude ou de suspicion et sont à l'origine de fausses allégations d'abus sexuels. Toutefois, l'expert doit se rappeler que le signalement d'un abus sexuel vise à protéger l'enfant, le cas échéant, et cela indépendamment des valeurs personnelles (religieuses, psychologiques,

127. «The Netherlands: Child Sexual Abuse», *International Bulletin of Law and Mental Health*, Vol. 2, No. 1, Spring 1990, p. 22-23.

physiques et éducationnelles) et des conceptions des parents à propos de l'éducation sexuelle de l'enfant.

Finalement, le fait pour un enfant d'être témoin d'actes sexuels, de pouvoir regarder des programmes de télévision et des vidéocassettes érotiques, de participer à des programmes de prévention d'abus sexuels, d'avoir eu connaissance d'abus sexuels ou d'avoir déjà été victime d'abus sexuels peut créer un état de «sur-stimulation» sexuelle qui pourrait être à l'origine de fausses déclarations d'abus sexuels. Encore une fois, seule l'évaluation globale pourra établir la réalité des abus sexuels. Dans une décision, le tribunal constatait, en visualisant l'expertise faite à partir de poupées sexuées, que manifestement la plus jeune des fillettes avait «reproduit ... le jeu qu'elle a vu faire à sa soeur aînée (avec la poupée sexuée)»¹²⁸.

Il ne suffit pas d'affirmer que l'abus sexuel n'a probablement pas eu lieu, si tel est le cas. Il faut de plus être capable d'expliquer le fonctionnement particulier de l'enfant et de sa famille. *L'expert doit appuyer ses informations sur des faits cliniques et sur des éléments positifs de preuve.* Il doit expliquer pourquoi l'enfant n'est ni mauvais, ni malicieux ou menteur parce que, dans la plupart des cas, la réalité psychique de l'enfant est beaucoup plus complexe. Il doit faire comprendre aux parents, qui souvent ne comprennent pas, d'où viennent les propos de l'enfant, surtout quand il n'a pas été victime d'abus sexuel. Il est de toute première importance de ne pas aliéner l'enfant à l'égard de ses parents ou vice versa et d'éviter de poser des gestes qui risqueraient d'accroître sa détresse.

CONCLUSION

On constate combien la preuve d'un abus sexuel, en raison de ses conséquences sur toutes les personnes impliquées, doit être entourée d'une prudence qui vise autant la protection de l'enfant que d'éviter les erreurs susceptibles de détruire l'affection entre les parents et les enfants. Les tribunaux n'acceptent de conclure à l'abus sexuel que s'il existe des *probabilités raisonnables* fondées sur des faits physiques, psychologiques ou médicaux réels pour rendre crédibles les déclarations de l'enfant et le témoignage des experts ou encore, lorsque cela est nécessaire pour corroborer

128. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.) 2711.

les verbalisations de l'enfant inapte à témoigner devant la Chambre de la Jeunesse, ou apte à témoigner devant les autres tribunaux civils, lorsqu'il ne comprend pas la portée du serment et s'il peut rapporter les faits et dire la vérité¹²⁹.

Les experts peuvent contribuer à éclairer les tribunaux sur des particularités dont la connaissance leur échappent. Si la majorité des abus sexuels signalés sont réels, on constate que les abus sexuels apparents ou inexistants peuvent semer le doute et la confusion. À ce titre, trop d'experts souscrivent au mythe que les enfants ne mentent pas en dépit du fait qu'ils sont eux-même parents d'enfants normaux. Nous sommes loin de l'époque de Freud où les déclarations des enfants sur les abus sexuels étaient considérées comme des fantaisies d'enfant. Mais limiter ces déclarations à la possibilité de mensonge de la part de l'enfant est une erreur. Le mensonge présuppose une intention volontaire, intentionnelle et malicieuse. En réalité, peu d'enfants ont la capacité ou l'audace d'agir ainsi, sauf parfois les adolescents. *À chaque fois qu'un enfant est interrogé au sujet d'un abus sexuel, il découvre un peu plus ce qu'on s'attend de lui.* Il apprend l'histoire qu'on lui raconte et par répétition, il peut découvrir une nouvelle réalité, celle d'un abus sexuel qui n'a jamais eu lieu. Essentiellement, la vérité est un concept qui varie selon des groupes d'âge différent, tout comme la vérité peut être déformée par les techniques utilisées et les préjugés de l'expert. Lorsque l'enfant ne dit pas la vérité, il ne ment pas pour autant. Dans certains cas, l'enfant réaffirme ce que l'expert désirait entendre.

Les cliniciens, qui font des évaluations en matière d'abus sexuels, sans être préparés, devraient savoir qu'ils risquent à leur tour de transformer l'enfant et sa famille en victimes. Il ne faudrait pas se surprendre que le problème des évaluations erronées, inadéquates ou incomplètes soit plus répandu encore que celui des fausses allégations d'abus sexuels. Il y a même des enfants qui reçoivent des traitements pour des abus qui n'ont jamais eu lieu, à qui l'on dit de continuer le traitement et de rester en famille d'accueil, par exemple, jusqu'à ce qu'ils aient dit toute la vérité. Des enfants sont même placés en thérapie de groupe avec d'autres enfants qui ont été victimes d'abus sexuels avant même que la Cour ait statué sur l'existence d'un abus sexuel

129. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1 et 2844 C.c.Q., art. 85.2 et 2844 C.c.Q.

dans leur cas. Ces enfants, irrémédiablement, ne peuvent plus être des témoins crédibles^{129a}.

Finalement, même si nous devons recevoir sans hésitation toutes les informations de l'enfant ou d'un parent sur un abus sexuel, il est nécessaire que les experts, les avocats et les magistrats qui travaillent dans le domaine de la protection et de la santé de l'enfant sachent sans ambiguïté que les enfants peuvent raconter des histoires. De plus, il est possible qu'un parent, comme c'est souvent le cas lors des conflits sur la garde et les droits de visite, déforme la réalité. La protection de l'enfant et de sa famille repose, d'une part, essentiellement sur une meilleure connaissance du phénomène actuel des fausses allégations d'abus sexuel et, d'autre part, sur l'utilisation de techniques d'évaluation adéquates où l'expert peut rencontrer l'enfant et les adultes vivant dans son entourage. Au plan judiciaire, l'exigence d'une preuve fondée, non pas sur des hypothèses ou vraisemblances, *mais sur des faits précis graves et concordants*¹³⁰ *rendant raisonnablement probable la commission d'un abus sexuel, constitue la meilleure garantie contre l'utilisation de diverses techniques dont le caractère scientifique reste encore à établir et contre les expertises inadéquates, les théories, ou les conceptions strictement personnelles de l'expert.*

129a D. SCHETKY, *Resolved : Child Sex Abuse is Overdiagnosed*, J. Am. Acad. Child and Adolescent Psychiatry, vol. 28, (1989), p. 791.

130. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Montréal, 500-41-000288-871, 1er novembre 1988, p. 17 et 18. Les déclarations de l'enfant «prises isolément n'ont aucune valeur probante, de dire le juge. C'est en les juxtaposant aux autres faits établis, que le tout peut engendrer une présomption de faits qui permet d'en arriver à une conclusion à la condition que ces faits soient précis, graves et concordants et que la déclaration (de l'enfant) soit spontanée et constante. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-601*, [1993] R.J.Q. 604 à 611 (C.Q., C. de la J.), 609.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT ADMINISTRATIF

Auteur(s) : Geneviève CARTIER

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 75-109

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13379>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13379>

Page vide laissée intentionnellement.

LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT ADMINISTRATIF

par Geneviève CARTIER*

En droit administratif canadien, des décisions récentes ont introduit la notion d'«attentes légitimes». Dans sa formulation la plus largement acceptée, cette théorie prescrit que la justice naturelle ou l'équité procédurale s'impose à l'autorité administrative non seulement lorsqu'elle rend une décision qui affecte des droits, privilèges ou intérêts individuels, mais encore chaque fois qu'un tel acte porte atteinte aux «espérances légitimes» d'un particulier. L'auteure propose une étude des principales composantes de cette théorie. Elle souligne trois éléments qui permettent d'en évaluer l'impact sur l'état actuel du droit et formule quelques observations sur l'évolution qu'elle risque de subir dans les prochaines années.

Recent administrative law decisions introduce the «legitimate expectation» concept. Generally speaking, this concept prescribes that an administrative authority has to respect natural justice or the duty to act fairly, not only when its decisions affects individual rights, interests or privileges, but also when one of its decisions affects an individual's «legitimate expectation». The author presents a study of the major components of that theory. She brings in three elements by which the impact of that concept on the present state of the law can be evaluated and adds some observations about its possible evolution in the next few years.

*, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	77
PREMIÈRE PARTIE: ÉTUDE DESCRIPTIVE DE LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES	79
Section 1- L'état du droit anglais	79
a- L'origine de la notion d'attentes légitimes	79
b- Les faits créateurs d'attentes légitimes	81
i- La promesse ou l'engagement	81
ii- La pratique établie	85
c- Les effets juridiques liés à l'existence d'une attente légitime	86
Section 2- L'état du droit canadien	89
a- L'émergence de la notion d'attentes légitimes au Canada	90
b- Les faits créateurs d'attentes légitimes	97
c- Les effets juridiques liés à l'existence d'une attente légitime	100
DEUXIÈME PARTIE: ÉLÉMENTS D'ANALYSE DE LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITI- MES	104
Section 1 - L'impact de l'émergence de la théorie des attentes légitimes	104
a- La signification conférée à l'expression «attente légi- time»	105
b- La confusion dans l'application du concept	107
c- La conciliation de la théorie des attentes légitimes avec l'état du droit en matière procédurale au Canada	109
Section 2 - Perspectives d'avenir	110
CONCLUSION	116

INTRODUCTION

L'éventail des décisions de l'Administration publique canadienne dont le processus doit respecter certaines exigences procédurales, s'est considérablement élargi depuis la fin des années 70¹. S'il y eut une époque où les décisions quasi judiciaires étaient seules soumises aux préceptes de la justice naturelle, la règle veut maintenant que tous les actes décisionnels d'un organisme public, susceptibles d'affecter les droits, privilèges ou intérêts d'un individu engendrent, à la charge du décideur, l'obligation de respecter les règles de la justice naturelle ou de l'«équité procédurale»². En cette matière, le droit administratif canadien s'est largement inspiré des précédents britanniques, bien qu'il ait mis près de quinze ans à faire écho à la célèbre décision de la Chambre des Lords *Ridge v. Baldwin*³ et à l'introduction du *duty to act fairly*⁴.

La théorie des *legitimate expectations* ou «attentes légitimes» s'inscrit dans la foulée de cette expansion du champ d'application de la procédure obligatoire. Dans sa formulation la plus largement acceptée, cette théorie prescrit que la justice naturelle ou l'équité procédurale s'impose à l'autorité administrative non seulement lorsqu'elle rend une décision qui affecte des droits, privilèges ou intérêts individuels, mais encore chaque fois qu'un tel acte porte atteinte aux «espérances légitimes» d'un particulier⁵. Si les plus hautes instances judiciaires⁶ de même que de nombreux auteurs britanniques⁷ se sont penchés sur la question

-
1. Cette évolution résulte principalement des affaires *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643 et *Knight c. Indian Head School Division no 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.
 2. Dans l'affaire *Martineau* (précitée, note 1, 629), le juge Dickson indique que «des cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile.» Nous utiliserons donc les deux expressions de façon interchangeable.
 3. [1964] A.C. 40.
 4. Expression utilisée pour la première fois dans l'affaire *In re H.K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617.
 5. Nous verrons en effet que certaines décisions judiciaires semblent attribuer d'autres effets à cette théorie, notamment des effets de nature substantielle.
 6. *Infra*, première partie, section 1.
 7. Mentionnons Robert BALDWIN et David HORNE, «Expectations in a Joyless Landscape», (1986) 49 *M.L.R.* 685, Robert BALDWIN et John HOUGHTON, «Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules», [1986] *P.L.* 239, T.L. CALDWELL, «"Legitimate Expectation" and the «Rules of Natural Justice», (1983) 2 *Canterbury L.R.* 45, P. CANE, «Natural Justice and Legitimate Expectation», (1980) 54 *Aust. L.J.* 546, P.P. CRAIG, «Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis», (1992) 108 *L.Q.R.* 79, C.F. FORSYTH, «The Provenance and Protection of Legitimate Expectations», (1988) 47 *C.L.J.* 238, B. HADFIELD, «Judicial Review and the Concept of Legitimate Expectation», (1988) 39 *Northern Ireland Legal Quarterly* 103, John HLOPHE, «Legitimate Expectation and Natural Justice: English, Australian and South African Law», (1987) 104 *S.A.L.J.* 165, D.C.

depuis une quinzaine d'années, la communauté juridique canadienne commence à peine à s'y intéresser, bien qu'un nombre appréciable de décisions de justice en aient fait mention depuis cinq ou six ans⁸.

La théorie des attentes légitimes suscite des questions tout aussi intéressantes que complexes. Au moment où elle cherche à s'imposer en droit administratif canadien, nous proposons d'en étudier les principales composantes.

Puisque la plupart des applications canadiennes du principe des attentes légitimes s'inspirent directement du droit anglais, nous effectuerons, dans la première partie, un survol descriptif de l'état du droit anglais et du droit canadien en cette matière. À la lumière de cet exposé, nous analyserons, dans la seconde partie, les principaux éléments de cette notion de manière à situer les enjeux fondamentaux de ce domaine du droit administratif et à susciter la discussion.

PREMIÈRE PARTIE: ÉTUDE DESCRIPTIVE DE LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES

Section 1- L'état du droit anglais

a- L'origine de la notion d'attentes légitimes

En droit administratif anglais, l'émergence du concept d'attentes légitimes est étroitement liée à l'introduction du devoir d'agir avec équité (le *duty to act fairly*). Rappelons brièvement les événements qui ont abouti à la reconnaissance de ce devoir⁹.

Les tribunaux anglais ont longtemps formulé deux conditions pour obliger un organisme administratif à respecter les principes de la justice naturelle: d'abord le pouvoir de rendre des décisions qui affectent les droits d'individus, ensuite l'existence d'une loi qui impose l'obligation d'agir judiciairement. Ce double test découlait d'un énoncé de Lord Atkin dans une affaire de 1924, *R. v. Electricity Commissioners, ex p. London Electricity Joint*

HODGSON, «The Current Status of the Legitimate Expectation in Administrative Law», (1984) 14 *Melbourne U.L.R.* 686, Paul JACKSON, «Legitimate Expectations and Good Administration», (1983) 99 *L.Q.R.* 499, G. JOHNSON, «Natural Justice and Legitimate Expectations in Australia», (1985) 15 *Fed. L. Rev.* 39, Clive LEWIS, «Fairness, Legitimate Expectations and Estoppel», (1986) 49 *M.L.R.* 251, K. MACKIE, «Expectations and Natural Justice», (1985) 59 *Austl. L. J.* 33, Robert E. RIGGS, «Legitimate Expectation and Procedural Fairness in English Law», (1988) 36 *Am. J. of Comp. Law* 395, et Belinda SCHWEHR et Paul BROWN, «Legitimate Expectation - Snuffed Out?», [1991] *P.L.* 163.

8. *Infra*, première partie, section 2.

9. Pour une étude plus poussée de ces événements, voir: Robert DUPONT et Laurent LESAGE, «L'équité procédurale», (1991) 32 *C. de D.* 485, 487-492.

*Committee*¹⁰ et de l'interprétation qu'en avait faite Lord Hewart dans *R. v. Legislative Committee of the Church Assembly, ex p. Haynes-Smith*¹¹. En 1964, l'affaire *Ridge v. Baldwin*¹² sonne le glas de quarante ans de cette double exigence: Lord Reid y affirme que l'Administration publique a l'obligation de respecter la justice naturelle dès qu'elle rend des décisions qui affectent les droits ou les intérêts d'individus¹³, indépendamment de l'existence d'un devoir légal d'agir judiciairement. Cette position engendre un peu plus tard le devoir d'agir équitablement¹⁴, dont la naissance traduit probablement le besoin d'une souplesse accrue dans le contenu des exigences procédurales imposées à l'Administration, compte tenu de l'élargissement du champ des décisions soumises au pouvoir de surveillance des cours supérieures¹⁵.

C'est dans ce contexte que Lord Denning, de la Cour d'appel d'Angleterre, introduit en 1969 le concept de *legitimate expectations*. Dans l'affaire *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁶, des étudiants américains obtiennent des autorités britanniques un permis de séjour pour faire des études de «scientologie» en Grande-Bretagne. À l'expiration de leur permis, les étudiants en demandent le renouvellement dans le but de terminer leur cours. Le Secrétariat d'État refuse, sans entendre les étudiants requérants qui réclament alors l'annulation des décisions pour violation de la justice naturelle. Dans son jugement, Lord Denning rappelle d'abord qu'il n'est plus pertinent de distinguer les décisions de nature administrative de celles qui sont de nature judiciaire aux fins de déterminer si les principes de justice naturelle s'appliquent¹⁷. Il énonce ensuite le test à utiliser:

«[...]The speeches in *Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40 show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or

10. [1924] 1 K.B. 171, 205 (Court of Appeal): «Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority, they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs.»

11. [1928] 1 K.B. 411.

12. Précitée, note 3.

13. Ce faisant, Lord Reid réhabilite simplement la jurisprudence antérieure à l'affaire *Electricity Commissioners*, qui n'avait jamais formulé de telles exigences: voir H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 447 et suiv., où l'auteur démontre que le revirement jurisprudentiel de 1964 est en fait un retour aux sources.

14. *Supra*, note 4.

15. R. DUPONT et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 9, 491 et Patrice GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 206. On a toutefois fait remarquer la relative inutilité d'introduire ainsi un nouveau concept, vu la très grande flexibilité de la notion bien connue de justice naturelle: J.M. EVANS, *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., London, Stevens and Sons, 1980, p. 239.

16. [1969] 2 Ch. 149.

17. *Id.*, 170.

interest, or, I would add, *some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say*[...]»¹⁸.

Dans les faits, Lord Denning fut d'avis que les étudiants ne disposaient, à titre d'étrangers, d'aucun droit ni d'aucune attente légitime d'obtenir une prolongation de permis de séjour et par conséquent, d'aucune base pour réclamer le droit d'être entendu par le Secrétariat d'État¹⁹.

L'expression *legitimate expectations* est reprise à plusieurs occasions par la suite dans des décisions qui en précisent le sens et la portée²⁰, avant que la Chambre des Lords n'en consacre l'existence en 1985 dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*²¹.

b- Les faits créateurs d'attentes légitimes

L'affaire *Schmidt*²² donne peu de précisions sur le sens de l'expression «attentes légitimes» et une étude de la jurisprudence subséquente témoigne de la difficulté de cerner ce concept. En réalité, les juges ont davantage cherché à identifier les faits particuliers susceptibles d'engendrer une attente légitime qu'à en proposer une définition précise²³. Quels sont ces faits? Certaines constantes se dégagent de l'analyse des décisions pertinentes.

i- La promesse ou l'engagement

L'autorité administrative qui s'engage expressément à agir dans un sens ou d'une manière donnée risque fort de créer, chez l'administré visé par l'engagement, une attente légitime voulant que l'autorité respecte sa parole.

18. *Id.* (nos italiques). Lord Denning n'invoque aucun précédent sur la question des attentes légitimes. Un auteur suggère que certains courants jurisprudentiels d'Europe continentale sur le même sujet, à la même époque, ont pu avoir un impact sur l'apparition de la notion en droit anglais, bien que Denning lui ait affirmé dans une lettre: «[...] it came out of my own head and not from any continental or other source.»: C.F. FORSYTH, *loc. cit.*, note 7, 241.

19. Lord Denning fait cependant remarquer qu'une telle protection doit être accordée à un étranger qui voit son permis révoqué avant qu'il n'expire, «for he would have a legitimate expectation of being allowed to stay for the permitted time»: *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, précitée, note 16, 171.

20. *Infra.*

21. [1985] A.C. 374, communément appelée *the G.C.H.Q. case* d'après *Government Communications Headquarters*.

22. *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, précitée, note 16.

23. Notons toutefois que certains juges ont tenté d'aborder plus globalement ce problème et que, ce faisant, ils ont soulevé d'intéressantes questions: *infra*, note 128.

Dans l'affaire *A.G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*²⁴, le requérant demandait l'annulation de la décision des autorités de l'immigration de Hong Kong de le déporter en Chine. Il soutenait que les autorités, en annonçant publiquement (par le biais de reportages télévisés ainsi que lors d'une rencontre avec des immigrants) la politique selon laquelle tout immigrant illégal serait interrogé et chaque cas décidé au fond, avaient créé chez lui une attente légitime d'être ainsi traité. La Cour partage ce point de vue:

*«The expectations may be based upon some statement or undertaking by, or on behalf of, the public authority which has the duty of making the decision, if the authority has, through its officers, acted in a way that would make it unfair or inconsistent with good administration for him to be denied such an inquiry»*²⁵.

Dans la décision *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan*²⁶, le juge Parker de la Cour d'appel écrit, au sujet de l'affaire *Shiu* : «That case is, of course, not binding on this court but is of high persuasive authority. In my view it correctly sets out the law of England and should be applied»²⁷.

Quelque temps plus tard, Lord Fraser réaffirme, dans l'arrêt *G.C.H.Q.*²⁸, que les attentes légitimes peuvent naître «[...] from an express promise given on behalf of a public authority»²⁹. Dans la même décision, Lord Diplock, dans une revue des principes qui doivent gouverner l'exercice du contrôle judiciaire, inclut dans la liste des décisions susceptibles d'un tel contrôle, celles qui ont pour conséquence de dépouiller une personne

«[...] of some benefit or advantage which [...] he has received assurance from the decision-maker will not be withdrawn without

24. [1983] 2 A.C. 629.

25. *Id.*, 637 (Lord Fraser. Nos italiques). Pour illustrer cette affirmation, Lord Fraser mentionne l'affaire *R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299, que l'on invoque souvent comme autorité en matière d'attentes légitimes. Le concept n'est toutefois mentionné nulle part dans cette décision : Lord Denning se contente de l'énoncer dans le cadre des argumentations des procureurs au dossier (dont le relevé précède le texte de la décision et en est indépendant), en réponse aux prétentions de la ville selon lesquelles l'association n'ait eu aucun «droit» à faire valoir: «But a person who has a licence has a *settled expectation* of having it renewed, and that is a thing of value.» (*id.*, 304. Nos italiques). Au sujet de l'obligation pour un décideur de respecter un engagement, Lord Denning cite plutôt deux précédents relatifs à la doctrine de l'*estoppel* (les affaires *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227, à la p. 304, et *Lever Finance Ltd. v. Westminster (City) L.B.C.*, [1971] 1 Q.B. 222, à la p. 308) et nous sommes d'avis qu'il s'agit là du véritable fondement de la décision.

26. [1985] 1 All E.R. 40.

27. *Id.*, 48.

28. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, précitée, note 21.

29. *Id.*, 401.

giving him first an opportunity of advancing reasons for contending that they should not be withdrawn[...]»³⁰.

Dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock*³¹, le juge Taylor considère que les déclarations expresses et répétées du Ministre de l'Intérieur selon lesquelles il n'autoriserait l'interception d'appels téléphoniques que si des critères précis étaient respectés peuvent créer, chez les administrés, une attente légitime voulant que seuls ces critères seraient utilisés à cette fin³².

En l'absence de tout engagement exprès, la simple publication de critères ou procédures constitue-t-elle un engagement implicite de l'autorité administrative à utiliser ces critères ou ces procédures pour décider, engendrant du même coup chez l'administré une attente légitime de voir l'Administration respecter cet engagement? Dans l'affaire *Khan*³³, deux résidents pakistanais en Angleterre, désireux d'adopter un enfant de l'étranger, avaient obtenu copie de la circulaire du Ministère de l'Intérieur qui édictait la marche à suivre pour obtenir un certificat d'entrée ainsi que les critères utilisés pour rendre la décision. Dans le dossier Khan, le Ministre disposa de la demande par le biais d'une procédure et sur la base de critères différents de ceux qu'annonçait la circulaire. La Cour d'appel annula la décision au motif que:

«[...] the Home Office letter afforded the applicant a reasonable expectation that the procedures it set out [...] would be followed, that if the result of the implementation of those procedures satisfied the Secretary of State of the four matters mentioned a temporary entry clearance certificate would be granted[...]»³⁴.

Ainsi, même en l'absence de tout engagement explicite de la part de l'organisme décideur, la Cour voit dans la simple publication d'une directive un engagement implicite à suivre ce qui y est édicté et la création corrélative d'une attente légitime à cet effet chez l'administré. Cependant, dans l'arrêt *Re Findlay*³⁵, on a pris soin de rappeler que la théorie des attentes légitimes ne doit pas avoir pour effet de priver l'Administration de ses pouvoirs discrétionnaires et donc de sa faculté de modifier ses directives à l'occasion. Dans cette affaire, la Chambre des Lords refuse de reconnaître l'existence d'attentes légitimes chez des détenus dont la date de libération est affectée par le changement de la

30. *Id.*, 408 (nos italiques).

31. [1987] 2 All E.R. 518.

32. Au soutien de sa conclusion, le juge invoque l'opinion de Lord Fraser dans l'affaire *G.C.H.Q.*, précitée, note 21.

33. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan*, précitée, note 26.

34. *Id.*, 48 (L. J. Parker).

35. [1985] A.C. 318.

politique relative aux libérations conditionnelles. En réponse à l'argument des détenus selon lequel le Ministre ne pouvait modifier la politique existante sans les consulter puisque cela avait pour effet de violer leur attente légitime d'être traités sous l'ancienne politique, Lord Scarman, au nom de la Cour, déclare que:

«[...] the most that a convicted prisoner can *legitimately* expect is that his case will be examined individually in the light of *whatever policy the Secretary of State sees fit to adopt* provided always that the adopted policy is a lawful exercise of the discretion conferred upon him by the statute. Any other view would entail the conclusion that the unfettered discretion conferred by the statute upon the minister can in some cases be restricted so as to hamper, or even to prevent, changes of policy»³⁶.

Un individu ne peut donc tirer de la simple existence d'une directive l'attente légitime qu'il sera consulté sur toute modification que l'autorité administrative entendra y apporter: il peut tout au plus légitimement espérer être traité selon les termes de la directive en vigueur.

ii- La pratique établie

L'autorité administrative qui a développé au fil du temps une pratique régulière dans sa façon d'exercer un pouvoir (quant au fond ou quant à la forme) peut engendrer chez les administrés une espérance légitime que cette pratique continuera à s'appliquer dans le futur³⁷. Dans l'affaire *G.C.H.Q.*³⁸, la preuve avait démontré l'existence d'une pratique clairement établie de consultation entre le gouvernement et les syndicats représentant les employés du Service de renseignements, lorsque d'importantes modifications étaient effectuées dans les termes et conditions de travail du personnel. La Chambre des Lords reconnut que les requérants jouissaient en conséquence d'une attente légitime d'être consultés dans ces circonstances. Lord Fraser s'exprime comme suit:

«[...] Legitimate, or reasonable, expectation may arise either from an express promise given on behalf of a public authority *or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonably expect to continue* [...]»³⁹.

36. *Id.*, 338 (nos italiques).

37. Voir entre autres *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock*, précitée, note 31, *O'Reilly v. Mackman*, [1982] 3 All E.R. 1124, *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, ex p. St-Germain (No 2)*, [1979] 1 W.L.R. 1401 et *McInnes v. Onslow-Fane*, [1978] 1 W.L.R. 1520.

38. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, précitée, note 21.

39. *Id.*, 401 (nos italiques). L'opinion de Lord Diplock est également en ce sens: *id.*, 408-409.

Il poursuit en énonçant le test qui doit permettre de déterminer si la pratique invoquée a effectivement engendré une espérance légitime:

«[...]The test of that is whether the practice of prior consultation of the staff on significant changes in their conditions of service was so well established by 1983 that it would be unfair or inconsistent with good administration for the Government to depart from the practice in this case[...]»⁴⁰.

Il se dégage donc de la jurisprudence que l'engagement et la pratique établie constituent les deux types de circonstances les plus clairement susceptibles de faire naître des attentes légitimes⁴¹. À l'inverse, certaines décisions ont formellement identifié des faits sur lesquels on ne peut prétendre fonder de telles expectatives. Pour ne citer que quelques exemples, mentionnons qu'il fut décidé que la simple élection d'un individu à un poste de représentant syndical ne peut engendrer chez lui d'attente légitime de voir sa nomination entérinée par les autorités syndicales supérieures⁴². De même, la personne qui n'a jamais demandé ni obtenu de permis pour exercer une activité n'a aucune attente légitime d'en obtenir un si elle en fait la demande et donc aucune justification pour exiger d'être entendue avant que l'organisme administratif ne rende sa décision⁴³. Enfin, on ne peut prétendre fonder une attente légitime sur un rapport qui ne nous est pas destiné et dont les déclarations ne sont pas claires et sans équivoque⁴⁴.

c- Les effets juridiques liés à l'existence d'une attente légitime

Une fois identifiée une attente légitime, quelles conséquences juridiques pourra-t-il en découler? La position majoritaire veut qu'elle produise des effets essentiellement *procéduraux*: un organisme dont une décision affecte les attentes légitimes d'un individu a l'obligation de respecter les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale, tout comme doit le faire un organisme dont

40. *Id.*, 401.

41. Une décision isolée semble toutefois considérer que la simple existence d'un pouvoir de nature discrétionnaire susceptible d'être exercé de façon préjudiciable engendre une expectative légitime de consultation chez les personnes qui risquent d'en être affectées : *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Greater London Council*, [1986] 1 Q.B. 556 (J. McNeill). Cette approche nous paraît critiquable puisque de tels faits entraînent tout simplement l'application du principe général selon lequel une décision individuelle ferme, qui affecte droits ou intérêts particuliers (notamment des intérêts financiers), doit être rendue dans le respect de l'équité procédurale. La théorie des attentes légitimes nous semble donc superflue dans un tel contexte. Voir aussi: P.P. GRAIG, *loc. cit.*, note 7, 80-82 et la décision *A.-G. for New South Wales v. Quinn*, (1990) 170 C.L.R. 1 (H.C. of A.), citée et commentée par l'auteur.

42. *Breen v. Amalgamated Union of Engineering Workers*, [1971] 2 Q.B. 175 (C.A.).

43. *Mc Innes v. Onslow-Fane*, précitée, note 37.

44. *R. v. Jockey Club, ex p. RAM Racecourses Ltd*, (1990) Times, 6 April (Q.B.).

une décision affecte les droits, intérêts ou privilèges de cette personne. Ainsi, quel que soit l'objet de l'espérance légitime (la délivrance d'un permis, le respect des normes d'une circulaire, la reconnaissance d'un statut, la tenue d'auditions particulières, etc.), la conséquence juridique qui pourra s'y rattacher se limitera au droit d'être entendu dans l'éventualité où l'Administration s'avise de frustrer ou d'affecter l'expectative. Le citoyen ne pourra exiger d'obtenir le bénéfice auquel il s'attendait. L'affaire *Khan*⁴⁵ nous permet d'illustrer cette position:

«[...] in principle, the Secretary of State, if he undertakes to allow in persons if certain conditions are satisfied, *should not in my view be entitled to resile from that undertaking without affording interested persons a hearing* and then only if the overriding public interest demands it»⁴⁶.

Une fois respectées les exigences procédurales, l'organisme public pourra rendre toute décision qu'il considère opportune dans les circonstances⁴⁷, que la décision ait ou non pour effet de nier l'attente légitime de l'administré, sous réserve des exceptions qui s'appliquent de façon générale à la procédure administrative, comme les situations d'urgence, les considérations de sécurité nationale⁴⁸, etc.

L'affaire *Ruddock*⁴⁹ avance par ailleurs l'idée qu'une expectative légitime puisse, dans certains cas, produire des conséquences de nature *substantielle*, c'est-à-dire permettre d'obliger l'organisme administratif, non seulement à entendre le citoyen avant de rendre sa décision, mais à respecter effectivement l'engagement formulé ou la pratique établie qui a engendré l'espérance légitime. Dans un tel cas, l'autorité administrative qui formule un engagement ou développe une pratique et qui tente par la suite de s'en écarter pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et se voir contraint de respecter sa promesse ou de se conformer à l'usage établi. L'administré visé par un engagement ou une pratique n'aurait donc pas à se contenter d'une protection procédurale, mais pourrait exiger d'obtenir le bénéfice auquel il s'attendait légitimement, en raison de la conduite de l'Administration à son endroit. Bien que l'affaire *Ruddock* limite les cas d'application de l'approche qu'elle propose aux circonstances dans

45. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan*, précitée, note 26.

46. *Id.*, 46 (nos italiques).

47. Il va sans dire que le contrôle judiciaire reste ouvert au cas où la décision serait *ultra vires* pour tout autre motif.

48. Voir par exemple l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, précitée, note 21, dans laquelle le juge refuse l'application de la théorie aux faits qui lui sont présentés malgré le fait que toutes les conditions soient réunies, pour des motifs de sécurité nationale.

49. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock*, précitée, note 31.

lesquelles la protection procédurale est impossible à assurer⁵⁰, certaines décisions suggèrent qu'il en soit ainsi chaque fois que l'Administration formule une promesse ou développe une pratique dont l'objet est essentiellement procédural. L'affaire *Shiu*⁵¹ est de celles-là. Après avoir accepté le principe que «a person is entitled to a fair hearing before a decision adversely affecting his interests is made by a public official or body, if he has 'a legitimate expectation' of being accorded such a hearing»⁵², Lord Fraser déclare:

«[...]The justification for it is primarily that, when a public authority has promised to follow a certain procedure, it is in the interest of good administration that it should act fairly *and should implement its promise*, so long as implementation does not interfere with its statutory duty. [...]The principle that a public authority *is bound by its undertakings as to the procedure it will follow*, provided they do not conflict with its duty, is applicable to the undertaking given by the Government of Hong Kong[...]»⁵³.

D'autre part, le droit anglais établit que l'expectative légitime confère à celui qui en bénéficie l'intérêt requis pour présenter une *application for judicial review*, c'est-à-dire pour demander la mise en oeuvre du pouvoir de surveillance, pour quelle que raison que ce soit et non seulement pour un motif de violation de la justice naturelle. Dans *O'Reilly v. Mackman*⁵⁴, Lord Diplock affirme en effet qu'une attente légitime confère à l'administré «a sufficient interest to challenge the legality of the adverse disciplinary award made against him [...] on the ground that in one way or another the board in reaching its decision had acted outwith the powers conferred on it by the legislation under which it was acting [...]»⁵⁵. Lord Scarman reprend cette affirmation dans l'affaire *Findlay*⁵⁶:

«[...]The doctrine of legitimate expectation has an important place in the developing law of judicial review. It is however, not necessary to explore the doctrine in this case, it is enough merely to note that *a legitimate expectation can provide a sufficient interest to enable one who cannot point to the existence of a substantive right to obtain the leave of the court to apply for judicial review* [...]»⁵⁷.

50. Dans l'affaire *Ruddock*, l'Administration avait pris la décision de placer le requérant sur table d'écoute sans suivre les critères qu'elle avait plusieurs fois publiquement annoncés. Dans un tel cas, on ne peut évidemment exiger de l'Administration qu'elle entende l'individu qu'elle souhaite surveiller avant de passer aux actes !

51. *A.G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, précitée, note 24.

52. *Id.*, 636.

53. *Id.*, 638 (nos italiques).

54. Précitée, note 37.

55. *Id.*, 1126-1127.

56. *Re Findlay*, précitée, note 35.

57. *Id.*, 338 (nos italiques).

Dans ce contexte, l'expectative légitime serait non seulement un test permettant de déterminer les cas où la justice naturelle s'applique, mais encore ceux qui font naître un intérêt suffisant pour demander la mise en oeuvre du pouvoir de surveillance des cours supérieures.

Section 2- L'état du droit canadien

Bien que la théorie des attentes légitimes ait suscité fort peu de commentaires dans la doctrine canadienne⁵⁸, plusieurs décisions judiciaires l'ont appliquée, en s'inspirant largement des précédents et principes britanniques dont nous venons d'esquisser les contours.

a- L'émergence de la notion d'attentes légitimes au Canada

Jusqu'à la fin des années 70, le droit canadien refuse la protection de la procédure administrative aux individus visés par des décisions de type administratif⁵⁹. La position de la Cour suprême dans les affaires *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*⁶⁰ et *Guay c. Lafleur*⁶¹ en témoigne:

«[...] the maxim "*audi alteram partem*" does not apply to an administrative officer whose function is simply to collect information and make a report and who has no power either to impose a liability or to give a decision affecting the rights of parties»⁶².

L'obligation de respecter les règles de la justice naturelle incombe aux organismes qui rendent des décisions de nature quasi judiciaire. Il faudra attendre l'affaire *Nicholson*⁶³ pour que, sous l'influence britannique, la Cour suprême remette en question l'attitude excessivement rigide de la jurisprudence

58. Nous avons relevé un article de Raymond E. YOUNG, «Legitimate Expectations: Judicial Review of Administrative Policy Action», (1986) 44 *Advocate* 803 de même que le texte d'une conférence qu'il a prononcée sur le sujet, intitulée «Emerging Issues - Legitimate Expectations», préparée pour la *Continuing Legal Education of the Canadian Bar Association* (non publiée) et de brefs commentaires dans Mario SAINT-PIERRE, «Le champ d'application de l'obligation des municipalités d'agir équitablement», dans *Développements récents en droit municipal*, 1992, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 99 et dans John M. EVANS, H.N. JANISH, David J. MULLAN et R.C.B. RISK, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 3^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 1989, 1194 p., pp. 90-94.

59. La Grande-Bretagne était elle aussi passée par là: *supra*, section 1, sous-section a.

60. [1959] R.C.S. 24.

61. [1965] R.C.S. 12.

62. *Id.*, 18.

63. *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, précitée, note 1.

en la matière et entreprenne de la modifier⁶⁴. Au nom de la majorité, le juge en chef Laskin accepte la règle de l'affaire *Bates v. Lord Hailsham*⁶⁵ selon laquelle «in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness»⁶⁶. C'était l'introduction officielle de la notion d'équité au Canada, reprise avec encore plus de vigueur dans l'affaire *Martineau*⁶⁷. Dans cette décision unanime, le plus haut tribunal du pays manifeste une claire volonté d'assouplir les règles relatives à ce secteur du droit administratif. Le juge Dickson considère que:

«[...]Tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits, intérêts, biens, privilèges ou liberté d'une personne peut [...] faire l'objet [d'un recours en *certiorari*]. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques»⁶⁸.

C'est ainsi qu'à l'instar du tandem *Ridge v. Baldwin-In re H.K. (An Infant)*⁶⁹ en Grande-Bretagne, le duo *Nicholson-Martineau* fournissait le climat favorable à l'émergence de la théorie des attentes légitimes au Canada. En effet, en faisant reposer les conditions d'application des règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale, non sur la qualification de la décision rendue mais sur les conséquences qu'elle produit à l'endroit des individus, la jurisprudence mettait l'accent sur l'identification des situations individuelles susceptibles de mériter protection. Les attentes légitimes devaient à plus ou moins long terme en faire partie.

La Cour d'appel du Québec deviendra la première instance judiciaire canadienne à se référer explicitement à la théorie des attentes légitimes pour décider d'un litige. Dans l'affaire *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*⁷⁰, une simple lecture de la *Loi de l'impôt sur la*

64. En *obiter*, des juges de la Cour suprême avaient auparavant manifesté certains signes avant-coureurs de ce changement d'attitude, dans les affaires *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453 et *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470.

65. [1972] 1 W.L.R. 1373.

66. *Id.*, 1378 (nos italiques).

67. *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, précitée, note 1.

68. *Id.*, 628.

69. Précitées, notes 3 et 4.

70. [1985] R.D.J. 502. La même cour en avait fait mention en 1983, mais avait refusé de l'appliquer aux faits qui lui étaient soumis: *Centre hospitalier Régina Ltée c. Johnson*, [1983] C.A. 455. Certaines instances canadiennes avaient auparavant appliqué des principes similaires, mais sans l'invoquer explicitement ou en citant davantage des précédents relatifs à la théorie de l'*estoppel*. Mentionnons à cet effet: *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia*, (1976) 59 D.L.R. (3d) 152 (B.C.S.C.), *Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 255 (B.C.S.C.), *Re H.G. Winton Ltd and Borough of North York*, (1978) 88 D.L.R. (3d) 733 (Ont. Div. Ct.), *Re Multi-Malls and Minister of Transportation and Communications*, (1977)

vente en détail ne permettait pas de savoir si la vente en bloc engendrait l'obligation de payer la taxe de vente. Le Ministre du Revenu émit en conséquence une directive, plus tard considérée claire et raisonnable par la Cour, à l'effet qu'aucune taxe ne devait être imposée dans un tel cas. Dans le cours de son travail, le fonctionnaire responsable fait une interprétation correcte de la directive et assure l'intimée qu'aucune taxe ne sera exigible du fait de la transaction qu'elle se propose d'effectuer. Cependant, le Ministre du Revenu décide par la suite de mettre de côté la directive et d'émettre un avis de cotisation. La Cour provinciale annule la cotisation et la Cour d'appel confirme cette décision. Dans l'exposé de ses motifs, le juge Nichols affirme que le Ministre ne dispose pas d'une discrétion absolue pour modifier sa directive. Il doit respecter les règles de l'équité administrative et ne pas agir rétroactivement. Le juge cite par la suite quelques extraits de l'affaire *Khan*⁷¹, puis ajoute:

«[Les] principes de justice naturelle signifient selon moi que le citoyen qui traite avec l'administration *a légitimement le droit de s'attendre au respect des normes et de la procédure établies par documentation ministérielle.*

[...]La directive ministérielle constituait dans notre cas une interprétation raisonnable de la loi. Un contribuable qui se fonde sur cette directive pour régler sa conduite *peut nourrir l'espoir légitime qu'un changement postérieur ne viendra pas perturber les décisions prises en fonction d'une telle directive*»⁷².

Du même coup, le juge confère des effets de nature substantive à la théorie car il ne sanctionne pas le fait qu'on n'ait pas entendu l'individu, mais bien le fait qu'on soit revenu sur les déclarations qui lui avaient été adressées.

En 1989⁷³, la division d'appel de la Cour fédérale applique la théorie des attentes légitimes dans le cadre d'un litige présenté en vertu de l'article 18 de sa loi constitutive, tel qu'il était alors formulé. Dans *Bendahmane c. Canada*

14 O.R. (2d) 49 (C.A.), et *Re Stumbillich and the Health Disciplines Board*, (1985) 12 D.L.R. (4th) 156 (C.A. Ont.).

71. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan*, précitée, note 26.

72. *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précitée, note 70, 507-508 (nos italiques).

73. Avant cette date, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique avaient abordé la question dans les affaires *Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)*, Sask. Q.B. Saskatoon, n° 2613 of 1985 J.C.S., 20 octobre 1986, j. Miliken, et *Penikett v. R.*, (1987) 21 B.C.L.R. (2d) 1, (1988) 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.). La même année, la Cour fédérale mentionnera la théorie dans deux autres décisions, sans toutefois en accepter l'application: *Keleher v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)*, (1990) 42 C.R.R. 307 (C.F. 1re inst.) et *Piché v. Canada (Solicitor General)*, (1989) 36 Admin.L.R. 225, (1989) 47 C.C.C. (3d) 495, (1989) 98 N.R. 148 (C.A.F.).

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*) (C.A.)⁷⁴, l'intimé avait fait l'objet d'une enquête sur son statut au Canada, au terme de laquelle une ordonnance d'exclusion avait été émise à son endroit. Jusque-là, l'intimé n'avait produit aucune revendication du statut de réfugié. En juin 1985, alors qu'il avait entrepris le processus d'appel de l'ordre d'expulsion qui pesait contre lui, le ministre l'avisa par écrit qu'il pouvait être éligible à une révision administrative en vertu du *Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié*. Il décida alors de se prévaloir de cette procédure, en avertit le ministre et présenta ensuite une demande de revendication du statut de réfugié. Au mois d'octobre suivant, le ministre informa l'intimé que l'avis du mois de juin était erroné. Le règlement exigeait en effet qu'un individu ait revendiqué le statut de réfugié avant la fin de l'enquête sur son statut au Canada pour être admissible à la révision administrative. Bendahmane ne remplissait pas cette condition, mais il fut averti que sa réclamation du statut de réfugié «suivra[it] son cours normal». Cependant, constatant que le ministre procéderait à sa déportation sans étudier sa demande, l'intimé s'adressa à la Cour pour obtenir l'annulation de la décision du ministre de lui refuser la révision administrative prévue au règlement mentionné plus haut.

En division d'appel, la Cour fédérale confirme, par une majorité de deux contre un, la décision de la section de première instance et accueille la demande de Bendahmane. Le juge Hugessen, de la majorité, admet qu'aucune disposition législative ne permet à l'intimé d'exiger l'étude de sa demande, étant donné qu'il n'a pas suivi la procédure édictée par la loi et que les délais pour le faire sont écoulés. À son avis toutefois, les termes utilisés dans la correspondance échangée entre les parties démontrent que le ministre avait admis que Bendahmane soit un revendicateur du statut de réfugié. Par conséquent, son refus ultérieur d'étudier et de répondre à la demande témoignent d'une attitude inéquitable de sa part, d'autant plus qu'il avait déjà, auparavant, accepté d'étudier des requêtes présentées en dehors du cadre de la procédure prescrite par la loi. Le juge déclare:

«À mon avis, les faits sont tels qu'il y a lieu d'appliquer la doctrine de l'équité pour exiger du ministre qu'il procède à l'examen de la revendication de l'intimé avant de tenter de l'expulser du Canada.

Le principe applicable est parfois énoncé sous la rubrique "expectative raisonnable" ou "expectative légitime"⁷⁵.

74. [1989] 3 C.F. 16.

75. *Id.*, 31.

Le juge Desjardins affirme quant à lui ne pas hésiter «à appliquer la doctrine de l'expectative légitime aux faits»⁷⁶ qui lui sont présentés. Les conclusions des juges de la majorité révèlent toutefois que la Cour condamne la substance de la décision du ministre et non le fait qu'elle ait été rendue sans entendre l'administré.

Jusqu'à maintenant, la Cour suprême n'a pas appliqué la théorie des attentes légitimes mais elle s'est penchée sur la question dans deux décisions récentes.

Dans l'affaire *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*⁷⁷, l'appelante demandait l'annulation de décisions rendues par certaines autorités municipales dans le cadre d'un projet de construction de condominiums dans un secteur de la ville de Winnipeg. L'association des résidents reprochait à la ville d'avoir entrepris ce projet particulier sans la consulter au préalable sur un plan global d'aménagement, contrairement à ce qu'avait laissé entendre un comité municipal, par sa conduite au cours des années antérieures aux décisions contestées. L'association prétendait que la ville avait ainsi violé son attente légitime d'être consultée. Au nom de la majorité, le juge Sopinka analyse l'argument soulevé par l'appelante en citant d'abord les précédents anglais *G.C.H.Q., Shiu* et *St. Germain (No.2)*⁷⁸ de même que des décisions canadiennes en matière d'*estoppel*⁷⁹, d'où il tire que le principe des attentes légitimes:

«[...] n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter»⁸⁰.

76. *Id.*, 34.

77. [1990] 3 R.C.S. 1170.

78. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, précitée, note 21, *A.G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, précitée, note 24 et *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, ex p. St-Germain (No 2)*, précitée, note 37.

79. Les affaires *Re Multi-Malls and Minister of Transportation and Communications, Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver* et *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia*, précitées, note 70 et *Gaw v. Commissioner of Corrections*, (1986) 19 Admin. L. R. 137 (Fed. Ct. T.D.), dans lesquelles il n'est pas fait expressément mention de la théorie des attentes légitimes mais plutôt de l'équité procédurale de même que de l'*estoppel*.

80. *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*, précitée, note 77, 1204 (juge Sopinka).

Le juge refuse toutefois d'appliquer le principe en l'espèce, au motif que l'association s'est déjà prévalu du processus de consultation prévu par la loi dans un tel contexte et qu'ainsi, «[...] même si la conduite de ce comité a suscité certaines attentes chez l'appelante, [...] cela ne justifierait pas que [la] Cour introduise dans le régime complexe établi par la Loi encore un autre processus de consultation»⁸¹.

Dans le Renvoi relatif au *Régime d'assistance publique du Canada* (C.-B.)⁸², la Colombie-Britannique demandait aux tribunaux de se prononcer sur la légalité de la décision du gouvernement fédéral de modifier le *Régime d'assistance publique du Canada* sans obtenir son consentement. En 1990, le gouvernement fédéral avait déposé un projet de loi dans le cadre d'un programme de contrôle des dépenses, dont l'effet consistait à limiter l'augmentation des paiements dont le versement était convenu par le *Régime* et les accords conclus sous son empire. La province risquait d'être sérieusement affectée par cette mesure. Avant que le projet de loi ne soit sanctionné, le gouvernement de la Colombie-Britannique soumit à la Cour d'appel deux questions constitutionnelles, dont la suivante:

«Les conditions de l'accord en date du 23 mars 1967 intervenu entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, la conduite subséquente du gouvernement du Canada dans l'exécution de cet accord et les dispositions du *Régime d'assistance publique du Canada* [...] permettent-elles de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne dépose devant le Parlement aucun projet de loi tendant à limiter, sans le consentement de la Colombie-Britannique, l'obligation que lui impose l'accord ou le *Régime*»⁸³?

En Cour suprême, cherchant à préciser le sens de la question posée, le juge Sopinka déclare souscrire à l'interprétation proposée en Cour d'appel par le juge Southin, de l'avis duquel «la question vise à déterminer s'il existe un empêchement juridique qui fait que le gouverneur en conseil [...] ne peut demander au Parlement [...] d'adopter le projet de loi [...], ou s'il existe un empêchement juridique qui fait que le Parlement ne peut l'adopter»⁸⁴. Le juge Sopinka affirme:

«Quand on tient compte de la *jurisprudence en matière de droit administratif*, on constate que la seconde question ne renferme aucune ambiguïté. Elle concerne l'existence d'une expectative légitime. Sauf le respect que je dois au juge Lambert, c'est là un terme technique. Il

81. *Id.*

82. [1991] 2 R.C.S. 525.

83. *Id.*, 534.

84. *Id.*, 556.

s'agit d'une expression technique dont la présence dans une question soumise à une cour de justice implique, bien entendu, qu'elle est utilisée dans son sens juridique. En toute déférence, je souscris à l'interprétation donnée à la seconde question par le juge Southin et j'ajoute seulement que l'empêchement juridique en cause est celui qui, prétend-on, résulte de la *théorie juridique de l'expectative légitime*⁸⁵.

Bien que le juge réponde à la question constitutionnelle par la négative, au motif que la théorie de l'expectative légitime ne peut produire d'effets de nature substantive et qu'elle ne s'applique pas dans le cadre du processus législatif⁸⁶, il reconnaît sans équivoque l'existence de cette théorie en droit administratif.

Au terme de l'étude de ces quelques décisions, il nous est certes permis d'affirmer que la théorie des attentes légitimes a bel et bien pris racine en terre canadienne.

b- Les faits créateurs d'attentes légitimes

De la même façon que leurs homologues anglais, les juges canadiens n'ont pas proposé de définition de l'«attente légitime»⁸⁷. Inspirés par les précédents britanniques, ils invoquent principalement l'engagement (explicite⁸⁸

85. *Id.*, 556-557 (nos italiques).

86. Nous reviendrons plus loin sur ces deux considérations.

87. Comme eux toutefois, ils ont tendance à utiliser indifféremment les termes «légitime» et «raisonnable». Voir, par exemple, les affaires *Associated Respiratory Services Inc. v. British Columbia (Purchasing Commission)*, B.C.S.C. Vancouver, n° A914029, 15 juin 1992, j. Vickers, *Bawolak c. Exroy Resources Ltd.*, J.E. 92-1585 (C.A.Q.), *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)*, précitée, note 74 (opinion du juge Marceau), *Pollard v. Surrey (District)*, [1992] 7 M.P.L.R. (2d) 213 (B.C.S.C.), *Saskatchewan Government Employees' Union (S.G.E.U.) v. Saskatchewan*, (1992) 96 Sask. R. 22 et *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1^{re} inst.)*, [1992] 1 C.F. 372. Aucune réflexion n'est proposée sur le sens de ces mots. D'autre part, des décisions proposent une certaine équivalence entre les termes «légitime» et «légal», comme par exemple: *Centre hospitalier Régina Ltée c. Johnson*, [1983] C.A. 455 et *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Ontario Public Service Employees' Union (O.P.S.E.U.)*, Ont. C.A. Toronto, n° A142190, 27 octobre 1992, jj. Finlayson, Doherty, Weiler. La Cour suprême considère qu'il s'agit d'une «expression technique» qui peut différer de son sens ordinaire, mais ne précise pas davantage la signification qu'il faut lui donner: *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précitée, note 82, 556.

88. Voir par exemple *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)*, précitée, note 74, *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, J.E. 92-1815 (C.S.), *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.*, (1991) 78 D.L.R. (4th) 211 (C.F. 1^{re} inst.), *Saskatchewan Government Employees' Union (S.G.E.U.) c. Saskatchewan*, précitée, note 87 et *Sunshine Coast Parents for French v. Sunshine Sch. Dist. N° 46*, (1990) 49 B.C.L.R. (2d) 252 (S.C.).

ou implicite⁸⁹) et la pratique établie⁹⁰ comme circonstances propres à les engendrer, bien que certaines décisions réfèrent plus généralement à la conduite de l'administration⁹¹. Dans *Gingras c. Canada (1^{re} inst.)*⁹² par exemple, la Cour fédérale affirme qu'une autorité administrative qui établit, dans une politique, des règles clairement normatives et non simplement indicatives, et qui en définit précisément le champ d'application, crée «auprès des personnes visées une expectative légitime à l'effet que la politique serait respectée»⁹³. Par ailleurs, dans l'affaire *Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1^{re} inst.)*⁹⁴, Agriculture Canada affirmait dans une brochure:

«La Loi sur les produits antiparasitaires régit la vente et l'utilisation de tous les pesticides et permet à Agriculture Canada d'en assurer l'efficacité et l'innocuité avant leur mise en marché. Santé et Bien-être Canada, Environnement Canada, Pêches et Océans Canada ainsi que les ministères provinciaux équivalents participent aux prises de décision»⁹⁵.

De l'avis du juge Martin, la brochure constituait un engagement à faire participer Santé et Bien-être Canada aux décisions prises par Agriculture Canada et créait de ce fait chez les requérants l'attente légitime ou raisonnable que cette procédure serait suivie.

De nombreux jugements apportent cependant des précisions sur les caractères que doivent revêtir la promesse ou la pratique pour générer des attentes susceptibles de produire des effets juridiques. Plusieurs décisions soulignent qu'il faut pouvoir établir clairement la base de l'attente légitime⁹⁶.

-
89. Voir par exemple *Bawolak c. Exroy Resources Ltd*, précitée, note 87, *Cardinal v. Alberta (Minister of Forestry, Lands and Wildlife)*, Alta. Q.B. Edmonton, n° 8303-04015, 23 décembre 1988, j. Gallant et *Gingras c. Canada (1^{re} inst.)*, [1990] 2 C.F. 68.
90. Voir notamment *Cardinal v. Alberta (Minister of Forestry, Lands and Wildlife)*, précitée, note 89, *Piché v. Canada (Solicitor General)*, précitée, note 73, *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.*, précitée, note 88, *Sunshine Coast Parents for French v. Sunshine School District N° 46*, précitée, note 88 et *Trofimenkoff v. Saskatchewan (Minister of Education)*, [1991] 4 W.W.R. 402 (Sask. Q.B.).
91. Comme les affaires *Re Bennett and Wilfrid Laurier University et al.*, (1984) 150 D.L.R. (3d) 738 (Ont. Div. Ct.), *Furey et al. v. Board of Education (Roman Catholic) of Conception Bay Centre et al.*, (1992) 287 A.P.R. 91, (1991) 2 Admin.L.R. (2d) 263, (1992) 92 Nfld & P.E.I.R. 91 (Nfld. T.D.) et *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*, précitée, note 77.
92. Précitée, note 89.
93. *Id.*, 94.
94. Précitée, note 87.
95. *Id.*, 399.
96. Comme les affaires *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.*, précitée, note 88 et *Vernon National Hotel v. British Columbia (Minister of Labour and Consumer Services)*, B.C.S.C. Vancouver, n° A892189, 14 novembre 1989, j. Davies.

Dans des cas où la promesse ou l'engagement invoqué se fonde sur des documents, des juges en ont exigé une interprétation correcte⁹⁷. Cela implique, il va sans dire, la connaissance de même que la lecture attentive des écrits sur lesquels on prétend fonder une promesse⁹⁸. D'autre part, il semble logique d'exiger un certain nombre de précédents pour conclure à l'établissement d'une pratique⁹⁹, quoiqu'une décision ait accepté d'en voir une dans le contexte où un seul cas avait été mis en preuve¹⁰⁰.

La jurisprudence canadienne identifie par ailleurs certains faits et circonstances qui ne peuvent générer d'attentes légitimes. Ainsi, l'occupation d'une fonction par intérim ne confère aucune attente légitime d'obtenir le poste de façon permanente à la fin de la période de transition¹⁰¹. De même, l'individu qui sait que la personne qui prétend agir au nom d'une autorité publique n'a en réalité aucune compétence pour lier l'Administration ne peut fonder d'attente sur les déclarations de cette personne¹⁰². Enfin, le seul fait d'ajourner *sine die* une audition ne confère aucune attente légitime d'être traité sous une procédure plus avantageuse, puisqu'on ne peut que spéculer sur les raisons qui incitent un organisme à remettre une audience à plus tard sans en fixer la date¹⁰³.

L'état du droit canadien quant aux circonstances susceptibles d'engendrer des attentes légitimes est donc très étroitement apparenté à l'état du droit anglais sur la même question. La situation est quelque peu différente sur l'aspect des effets juridiques, que nous abordons maintenant.

c- Les effets juridiques liés à l'existence d'une attente légitime

Comme la jurisprudence anglaise fortement majoritaire, la Cour suprême du Canada limite les effets juridiques liés à l'existence d'une espérance légitime à des conséquences de nature procédurale. Le juge Sopinka est clair à ce sujet

97. Voir notamment les affaires *Associated Respiratory Services Inc. v. British Columbia (Purchasing Commission)*, précitée, note 87 et *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (C.A.), précitée, note 74 (opinion du juge Marceau).

98. Voir les affaires *Pollard v. Surrey (District)*, précitée, note 87, *Sunshine Coast Parents for French v. Sunshine School District N° 46*, précitée, note 88 et *Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, C.F. (1^{re} inst.) Montréal, n° T-2894-90, 9 mai 1991, j. Joyal.

99. *Saskatchewan Government Employees' Union (S.G.E.U.) v. Saskatchewan*, précitée, note 87.

100. L'affaire *Alliance for Language Communities in Quebec / Alliance pour les communautés au Québec c. Québec (A.-G.)*, [1990] R.J.Q. 2622 (C.S.).

101. *Alberta Union of Provincial Employees (A.U.P.E.) v. Alberta, Alta. C.A. Edmonton*, n° 9003-0577-AC, 11 septembre 1991, jj. Harradence, Stratton, Côté.

102. *Vernon National Hotel v. British Columbia (Minister of Labour and Consumer Services)*, précitée, note 96.

103. *Zeybekoglu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, précitée, note 98.

dans les affaires *Saint-Boniface*¹⁰⁴ et Renvoi relatif au *Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*¹⁰⁵, dans laquelle il souligne la nécessité de distinguer le consentement de la consultation comme conséquence à reconnaître à la théorie:

«[...]Si, en effet, la théorie de l'expectative légitime exigeait le consentement, et non pas simplement la consultation, elle serait alors source de droits fondamentaux, en l'occurrence, celui d'opposer un veto à un projet de loi fédérale. [...] *Cette théorie fait partie des règles de l'équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs. Dans les cas où elle s'applique, elle peut faire naître le droit de présenter des observations ou d'être consulté.* Elle ne vient pas limiter la portée de la décision rendue à la suite de ces observations ou de cette consultation»¹⁰⁶.

L'arrêt *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*¹⁰⁷ illustre d'ailleurs très bien cette position. La Cour supérieure y déclare que, lorsqu'un ministre et ses prédécesseurs promettent aux dirigeants d'un centre hospitalier que leur permis sera régularisé pour l'adapter à la réalité (en l'occurrence, augmenter le nombre de lits de courte durée) et que, par leurs agissements, ils leur laissent croire que la situation sera réglée, cela a pour effet de créer, chez ces dirigeants, une expectative légitime que le centre se verra émettre un permis qui correspond à la réalité. En conséquence: «le ministre doit, avant de rendre toute décision au sujet de la modification du permis, *donner aux requérants l'opportunité d'être entendus et écoutés* et de plus, il doit suivre les étapes énumérées à la loi»¹⁰⁸. La Cour ordonne donc au ministre de décider, après avoir entendu les requérants et consulté l'autorité régionale compétente, s'il est dans l'intérêt public de délivrer le permis modifié qu'ils demandent.

104. *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*, précitée, note 77. Voir plus particulièrement la note 80 et la citation correspondante.

105. Précitée, note 82.

106. *Id.*, 557-558 (nos italiques). Voir aussi les affaires *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (C.A.), précitée, note 74 (opinion du juge Marceau), *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, (1992) 136 N.R. 254 (C.A.F.), *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, précitée, note 88, *Centre hospitalier Régina Ltée c. Johnson*, précitée, note 87, *Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1992) 83 D.L.R. (4th) 371 (C.A.F.), *Furey et al. v. Board of Education (Roman Catholic) of Conception Bay Centre et al.*, précitée, note 91, *Hamilton-Wentworth (Regional Municipality) v. Ontario (Minister of Transportation)*, [1991] 2 O.R. (3d) 716 (Ont. Div. Ct.) et *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, précitée, note 64.

107. Précitée, note 88.

108. *Id.*, 24 (nos italiques).

En choisissant d'insérer la théorie des attentes légitimes dans le cadre de la justice naturelle et de l'équité procédurale¹⁰⁹, la jurisprudence lui attribue du même coup les règles relatives à l'application de ces concepts. C'est ainsi que les tribunaux rappellent fréquemment que les règles jurisprudentielles de la procédure administrative ont été développées pour suppléer au silence du législateur et éviter que l'Administration publique n'agisse injustement dans une affaire donnée:

«Les concepts de justice naturelle et d'équité procédurale regroupent un ensemble de règles qui tirent leur source de la jurisprudence plutôt que de la loi. En effet, la présomption selon laquelle le détenteur d'un pouvoir conféré par la loi doit respecter les préceptes de la justice naturelle ou de l'équité procédurale témoigne de la volonté des tribunaux d'intervenir pour combler les lacunes dans la loi sur le plan des garanties procédurales, dans le cas où une telle intervention est nécessaire pour éviter un effet inéquitable ou injuste résultant de l'application de la loi. Dans cette perspective, les juges examinent les circonstances de chaque cas pour se demander "s'il est nécessaire de suppléer au silence du législateur de prévoir certaines garanties procédurales" afin de pallier à une injustice»¹¹⁰.

Sur cette base, les tribunaux ont refusé de conférer des effets juridiques à une attente légitime lorsque la loi prévoit déjà un processus de consultation¹¹¹ ou si la loi règle la question¹¹², lorsque la décision qui affecte une attente légitime est de nature législative¹¹³ ou relève du domaine contractuel¹¹⁴ ou lorsque cela aurait pour effet de contraindre une autorité publique à agir à

-
- 109. Voir par exemple les affaires *Bawolak c. Exroy Resources Ltd*, précitée, note 87, *Hamilton-Wentworth (Regional Municipality) v. Ontario (Minister of Transportation)*, précitée, note 106, *Pollard v. Surrey (District)*, précitée, note 87, *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*, précitée, note 77, *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précitée, note 70, et *Zeybekoglu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précitée, note 98.
 - 110. R. DUPONT et L. LESAGE, *loc. cit.*, note 9, 496-497.
 - 111. *Association des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (ville)*, précitée, note 77.
 - 112. *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1re inst.)*, [1990] 1 C.F. 722.
 - 113. *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia*, précitée, note 70, *Hamilton-Wentworth (Regional Municipality) v. Ontario (Minister of Transportation)*, précitée, note 106, *Penikett v. R.*, précitée, note 73, *Piché v. Canada (Solicitor General)*, précitée, note 73, *Pollard v. Surrey (District)*, précitée, note 87, *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précitée, note 82, et *Sunshine Coast Parents for French v. Sunshine School District N° 46*, précitée, note 88.
 - 114. *Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, précitée, note 106, *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1^{re} inst.), *Perreault c. Québec (Ministère des Communications)*, [1991] R.R.A. 853 (C.S.) et *St-Lawrence Cement Inc. v. Ontario (Minister of Transportation)*, (1991) 3 O.R. (3d) 30 (Ont. Ct. Gen. Div.).

l'encontre de ses obligations statutaires¹¹⁵. Pour les mêmes raisons, les juges ont rappelé la nécessité de moduler les exigences procédurales selon le contexte de chacun des cas qui sont soulevés¹¹⁶.

La lecture de certaines décisions nous oblige toutefois à constater que des attentes légitimes produisent parfois des effets de nature substantielle et que de tels résultats ne sont pas toujours atteints suivant un processus rigoureux de raisonnement. Deux exemples nous permettront d'illustrer nos propos, mais rappelons d'abord que nous qualifions d'effet «de nature substantielle» celui qui consiste à obliger l'Administration à respecter effectivement l'engagement ou la pratique qui a engendré l'expectative légitime, quel qu'en soit l'objet¹¹⁷.

En annulant la cotisation émise par le ministre, il semble que la Cour d'appel, dans l'affaire *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*¹¹⁸, ait exigé du ministre qu'il respecte l'attente légitime qu'il avait créée, et non simplement qu'il entende l'autre partie avant de revenir sur ses engagements implicites.

Dans *Bawolak c. Exroy Resources Ltd*¹¹⁹, le ministère de l'Énergie et des ressources avait, en raison d'ambiguïtés dans la loi au sujet de la date d'inscription des demandes de permis de mise en valeur, développé depuis sept ans une pratique administrative selon laquelle la date de la mise à la poste était reconnue comme la date d'inscription. Cette pratique, devenue illégale à la suite d'une modification législative, visait à l'origine à éviter des débats stériles et à clarifier dans toute la mesure du possible la situation sur ce point. La Cour d'appel confirme la décision de la Cour du Québec et rejette la demande de révocation des *claims* de l'intimée pour cause de tardiveté, au motif qu'«en vertu du principe de l'attente raisonnable, Exroy devait être traitée de la manière annoncée par l'Administration»¹²⁰. Bien que la Cour mentionne le fait que ce développement jurisprudentiel «est généralement reconnu au regard de la procédure mais ne s'étendrait pas nécessairement au droit substantif»¹²¹, c'est l'effet qui se produit lorsqu'elle conclut à l'obligation pour le ministre de se conduire comme il l'avait annoncé (c'est-à-dire de prendre «pour date

115. *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)(C.A.)*, précitée, note 74 (opinion du juge Marceau), *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, précitée, note 106, *Crommer v. Workers' Compensation Board (Sask.) et al.*, (1992) 98 Sask. R. 213 (Sask. Q.B.). *Contra*: *Bawolak c. Exroy Resources Ltd*, précitée, note 87 et *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précitée, note 70.

116. *Richmond Cabs Ltd v. British Columbia (Motor Carrier Commission)*, (1992) 69 B.C.L.R. (2d) 149 (S.C.).

117. *Supra*, section 1, sous-section c.

118. Précitée, note 70.

119. Précitée, note 87.

120. *Id.*, 11 (nos italiques).

121. *Id.*, 12.

d'inscription au bureau du registraire, la date de l'estampille de la poste»¹²²) et non simplement d'entendre l'intimée avant de modifier son attitude.

C'est donc dire que le discours de la Cour suprême du Canada n'est pas toujours compatible avec celui des autres instances judiciaires et qu'il y a lieu de s'interroger sur les véritables conséquences susceptibles de se rattacher à la doctrine des attentes légitimes. En théorie, c'est-à-dire en considérant les précédents sur lesquels se fondent les cours de justice pour décider sur la base de cette notion, elle ne peut générer qu'une obligation de respecter la justice naturelle ou l'équité procédurale. En réalité, elle est utilisée dans certaines décisions pour exiger de l'Administration qu'elle tienne sa promesse ou maintienne une pratique. Or, nous verrons¹²³ que cette position suscite des questions sur lesquelles les juges devront se pencher pour permettre une application cohérente des principes en jeu.

DEUXIÈME PARTIE: ÉLÉMENTS D'ANALYSE DE LA THÉORIE DES ATTENTES LÉGITIMES

Il serait illusoire de prétendre fournir, dans le cadre d'une étude des principales composantes de la notion des attentes légitimes, une analyse complète et détaillée de la question. Nous nous limitons ici à formuler quelques réflexions sur les questions les plus intéressantes qui sont soulevées en cette matière, de manière à préciser les enjeux fondamentaux et à susciter la discussion.

Section 1 - L'impact de l'émergence de la théorie des attentes légitimes

À première vue, l'introduction d'un concept de la nature des attentes légitimes risque d'élargir l'éventail des décisions de l'Administration soumises au contrôle judiciaire. En effet, la formulation même de l'expression nous porte à croire que les tribunaux bénéficient maintenant d'un concept souple, qui leur permettra d'intervenir beaucoup plus aisément dans le champ des décisions de l'Administration publique. Quel impact l'émergence de la théorie des attentes légitimes risque-t-elle de produire en droit administratif? Trois considérations nous permettront de formuler certains éléments de réponse à cette interrogation.

a- La signification conférée à l'expression «attente légitime»

L'étude de la jurisprudence nous apprend que les tribunaux ont moins tenté de définir l'expression «attentes légitimes» que d'identifier des faits précis

122. *Id.*, 13.

123. *Infra*, deuxième partie, section 2.

susceptibles de les engendrer. Le fait que des discussions intéressantes aient pu tracer la voie d'une définition générale de cette notion¹²⁴ n'a pas pour autant empêché les juges de maintenir ce concept dans un moule étroit et de retenir tout particulièrement l'engagement (explicite ou implicite) et la pratique établie comme circonstances qui engendrent des attentes légitimes et donc produisent des effets juridiques.

Cette approche pragmatique n'est pas sans présenter des avantages incontestables: l'identification précise des circonstances desquelles peuvent naître une expectative légitime permet à l'Administration de régler son comportement en conséquence et à l'administré de savoir ce qu'il peut ou non exiger de celle-ci. Lord Bridge of Harwich résume très bien cette idée dans l'affaire *Re Westminster City Council*¹²⁵:

«[...]If the courts were to extend the doctrine of legitimate expectation to embrace expectations arising from the "scale" or "context" of particular decisions, the duty of consultation would be entirely open-ended and no public authority could tell with any confidence in what circumstances a duty of consultation was cast upon them. The probable reaction of authorities to such an extension of the doctrine would be to opt for safety and assume a duty of consultation whenever there was room for doubt, to the detriment of the efficient conduct of public business[...]»¹²⁶.

Cette façon d'aborder la question présente cependant les inconvénients de ses avantages: en précisant ce que constitue une attente légitime, les cours se privent d'une certaine flexibilité dans l'application du concept et probablement

124. Mentionnons par exemple que certaines décisions abordent la question de savoir si une attente légitime peut naître de circonstances qui ne sont pas elles-mêmes sanctionnées par le droit. Le réflexe du juriste pourrait certainement consister à attribuer au mot «légitime» le sens le plus juridique que lui confère la langue: «juridiquement fondé, consacré par la loi ou reconnu conforme au droit» (Paul ROBERT, *Le petit Robert I*, Paris, 1984, Dictionnaire LE ROBERT, p. 1082); la jurisprudence qui a suivi la décision *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, précitée, note 16, impose toutefois une conclusion différente. Dans l'affaire *A.G of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, précitée, note 24, Lord Fraser refuse de faire équivaloir «attente légitime» et «attente juridiquement fondée»: «[...] 'legitimate expectations' in this context are capable of including expectations which go beyond enforceable legal rights [...]» (*id.*, 636). Il se rallie à l'opinion voulant que l'interprétation contraire n'ajoute rien à la notion de «droit» au sens strict, qui constitue déjà une donnée fondamentale des conditions requises pour engendrer une obligation d'équité, et rendrait à toutes fins pratiques stérile le concept énoncé par Lord Denning. Ainsi donc, le caractère légitime d'une espérance est tout à fait indépendant de son caractère légal ou juridique, et peut naître de circonstances qui ne sont pas *a priori* sanctionnées par le droit. Notons d'autre part les discussions entourant la possibilité de faire équivaloir les termes «légitime» et «raisonnable», particulièrement dans les affaires *Shiu* et *G.C.H.Q.* (précitées, notes 24 et 21). L'objectif du présent travail nous empêche d'aborder ici plus à fond ces questions.

125. [1986] A.C. 668 (H.L.).

126. *Id.*, 692-693.

aussi de la possibilité de prévenir ou de réparer des injustices. Quoiqu'il en soit de cette affirmation, force nous est de constater que les tribunaux canadiens, à l'instar de leurs homologues d'outre-Atlantique, tendent à adhérer à cette approche pragmatique en se limitant, dans l'identification des faits propices à la mise en application de la théorie des attentes légitimes, aux circonstances spécifiquement définies par la jurisprudence anglaise. Cette attitude contraste avec les efforts d'assouplissement de la Cour suprême qui a rejeté la nécessité de qualifier les actes de l'Administration pour déterminer l'application de l'équité procédurale et qui a toujours refusé d'enfermer les expressions «droits» et «privilèges» dans des catégories étanches.

Une conception étroite de l'expression «attente légitime» peut laisser croire que le contrôle judiciaire de l'Administration publique ne sera pas fondamentalement bouleversé par l'introduction de ce concept, étant donné le peu de circonstances susceptibles de les faire naître. Il nous semble cependant permis de penser qu'elle risque d'affecter l'utilisation des directives administratives d'une part, et l'attitude des fonctionnaires d'autre part. La théorie des attentes légitimes contraint en effet l'Administration à tenir compte de la possibilité, pour les individus, d'invoquer l'existence et le contenu des directives, alors que jusqu'à maintenant, l'administré pouvait difficilement les utiliser à son avantage. La réaction des autorités publiques se limitera-t-elle à diminuer au maximum la diffusion de ces documents de telle sorte qu'il soit impossible pour les citoyens de fonder une attente légitime sur cette base? Il sera intéressant de voir la progression et l'effet de la doctrine dans ce domaine. D'autre part, les fonctionnaires devront penser au contenu de leurs déclarations, de manière à prévoir les conséquences susceptibles d'en découler à l'égard des citoyens. Ces deux aspects de l'activité gouvernementale risquent donc de ressentir les effets de l'introduction de la théorie des attentes légitimes au Canada, mais le temps seul nous permettra d'en mesurer l'importance réelle.

b- La confusion dans l'application du concept

Si les considérations précédentes nous permettent d'entrevoir un certain impact de la théorie des attentes légitimes à l'égard de l'Administration, il faut par ailleurs constater que la confusion que renferment certaines décisions dans l'application des principes de la théorie risque de diminuer le nombre de cas propices à son utilisation et d'en amortir l'effet.

La formulation juste de la théorie des attentes légitimes nous semble être la suivante: lorsqu'une autorité administrative souhaite rendre une décision susceptible d'affecter l'espérance légitime d'un individu (engendrée par un engagement ou par une pratique), elle doit respecter les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale pour rendre une décision valide, de manière à permettre à l'administré de se faire entendre sur les raisons pour lesquelles

L'Administration ne devrait pas briser sa promesse ou dévier de la pratique qui s'est établie. Un individu peut légitimement s'attendre à certains avantages (comme l'exemption du paiement d'une taxe, la délivrance d'un permis, le respect de critères énoncés dans une directive, etc.) mais cela ne signifie pas, du moins dans l'état actuel du droit, qu'il puisse exiger que l'Administration tienne sa promesse dans tous les cas. Il peut cependant exiger que l'autorité publique ne puisse renier ses engagements qu'après avoir respecté les règles procédurales de l'équité. La décision *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*¹²⁷ constitue un excellent exemple d'une application correcte des principes. Dans cette affaire, la Cour supérieure a ordonné au ministre d'entendre les représentants du centre hospitalier avant qu'il ne prenne la décision de refuser le permis d'augmentation de lits de courte durée, alors que le ministre et ses prédécesseurs avaient, par leurs agissements, clairement laissé entendre à ces individus que le permis du centre serait ainsi régularisé. L'objet de l'attente légitime (la délivrance d'un permis) est tout à fait distinct du type de conséquences qui s'y rattachent (le droit d'être entendu).

Certaines décisions judiciaires semblent cependant confondre l'objet d'une attente légitime avec les conséquences juridiques qu'elle est susceptible d'engendrer. La confusion que l'on peut constater procède du raisonnement suivant: comme la théorie des attentes légitimes ne reconnaît qu'une protection procédurale à ceux qui en bénéficient, un individu ne peut légitimement s'attendre à recevoir un bénéfice autre que procédural. Cette approche confond l'objet de l'attente légitime et les conséquences susceptibles de s'y rattacher. L'affaire *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*¹²⁸ illustre bien cette confusion. La conclusion du juge Sopinka procède du raisonnement suivant: la théorie des attentes légitimes ne s'applique qu'en matière procédurale; la Colombie-Britannique prétend bénéficier d'une attente légitime selon laquelle le gouvernement fédéral ne limiterait pas ses obligations découlant du *Régime* sans obtenir son consentement¹²⁹; or, exiger le consentement ne constitue pas une affaire de procédure; donc, la théorie des attentes légitimes ne s'applique pas aux circonstances de cette affaire. À notre avis, le juge confond l'objet de l'attente et les effets qu'elle peut produire. La Colombie-Britannique peut s'attendre légitimement à voir le fédéral lui demander son consentement (c'est l'*objet* de son attente), mais elle ne pourra exiger du fédéral qu'il respecte cette espérance : elle ne pourra que l'obliger à

127. Précitée, note 88.

128. Précitée, note 82. Voir également l'affaire *R. v. Secretary of State for Health, ex p. United States Tobacco International inc.*, citée et critiquée par B. SCHWEHR et P. BROWN, *loc. cit.*, note 7.

129. Pour les fins de la discussion, nous supposons que la province a pu établir l'existence de l'attente légitime, sur la base d'un engagement ou d'une pratique établie, question sur laquelle la Cour suprême ne s'est pas prononcée.

l'entendre avant de revenir sur son engagement (c'est tout l'*effet* qu'elle est susceptible de produire)¹³⁰.

Nous pouvons aisément constater qu'une telle approche limite les cas susceptibles d'entraîner l'application de la théorie des attentes légitimes, puisqu'elle augmente les exigences à remplir pour y arriver en restreignant les attentes susceptibles de produire des effets juridiques à des avantages portant sur la procédure. Cet élément risque donc d'amortir l'impact de l'introduction de cette doctrine en droit administratif.

c- La conciliation de la théorie des attentes légitimes avec l'état du droit en matière procédurale au Canada

Si le contexte dans lequel la théorie des attentes légitimes a été introduite au Canada est presque en tous points identique à celui qui en avait permis l'émergence en Angleterre en 1969¹³¹, l'état actuel du droit canadien en matière procédurale permet-il d'en assurer sans difficulté l'intégration?

Dans un effort de synthèse et d'assouplissement des règles applicables dans ce domaine, la Cour suprême a réduit le nombre des critères applicables dans la détermination des décisions soumises à la procédure obligatoire: la décision doit être rendue par un *organisme public*, doit constituer une *décision ferme* par opposition à une simple recommandation, *ne doit pas être une décision de nature législative* ou réglementaire et doit avoir de *graves répercussions* à l'égard de l'individu qu'elle vise¹³². Nous sommes d'avis qu'il suffit d'admettre qu'une décision qui porte atteinte aux attentes légitimes d'un individu a de graves répercussions à son endroit pour que cette théorie soit tout à fait conciliable avec l'état actuel du droit canadien en matière d'équité procédurale. Cette position exige cependant deux choses: la définition de l'expression «attente légitime» et la démonstration que l'atteinte à une telle expectation a effectivement de graves répercussions chez l'administré.

Nous avons abordé plus haut la première question¹³³. Pour traiter de la deuxième, il suffit de réaliser que la formulation d'engagements, explicites ou

130. Ce raisonnement n'aurait pas pour autant modifié le résultat de l'affaire, puisque le juge Sopinka refuse, avec raison à notre avis, d'appliquer les principes de la théorie au processus législatif. Cependant, dans le contexte d'une décision de nature quasi judiciaire ou administrative, le gouvernement aurait eu le devoir d'entendre la Colombie-Britannique avant de passer outre à son engagement de solliciter son consentement pour être en mesure de limiter ses obligations découlant du Régime.

131. *Supra*, première partie, section 1.

132. Voir notamment les affaires *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent et Knight c. Indian Head School Division no 19*, précitées, note 1.

133. *Supra*, sous-section a.

implicites, de la part de l'Administration incite un administré à régler sa conduite en conséquence: celui à qui l'on garantit qu'aucune taxe ne sera prélevée sur une vente en bloc s'empressera de procéder à la transaction; l'autre à qui l'on promet une audition spécifique négligera d'utiliser les moyens de droit commun mis à sa disposition, laissant peut-être de ce fait écouler les délais exigés pour ce faire; un autre qui prend connaissance des critères d'admissibilité au statut de résident permanent mettra tout en oeuvre pour s'y conformer strictement et fera une demande dès qu'ils seront tous remplis; etc. Bref, un individu envers qui on formule un engagement, s'attend légitimement à ce que cet engagement soit respecté et pose en conséquence des gestes pour en faciliter la réalisation dans les meilleures conditions possibles. C'est ainsi qu'un organisme administratif qui s'avise de frustrer une attente de cette nature risque fort de causer de graves préjudices à un individu et de remplir du même coup une des conditions requises pour qu'il puisse bénéficier d'une protection procédurale dans l'état actuel du droit. Comme les autres critères d'application de la justice naturelle et de l'équité procédurale ne posent pas de problèmes spécifiques dans le contexte des attentes légitimes, nous sommes d'avis que cette doctrine peut aisément s'intégrer aux règles existantes en ce domaine.

Section 2 - Perspectives d'avenir

Quelque grave que soit le préjudice causé à un individu en raison de la frustration d'une de ses attentes légitimes, l'état actuel du droit ne lui accorde qu'une protection procédurale, du moins en théorie. Cependant, certains indices, les uns par inadvertance, les autres tout à fait consciemment, nous laissent croire que l'avenir réserve peut-être un meilleur sort aux individus victimes de frustrations de cette nature.

L'administré à qui un organisme public fait des promesses qu'il tente par la suite de renier, souhaite généralement davantage que la possibilité d'être entendu avant que l'engagement ne soit rompu, ce dont il doit en principe se contenter dans l'état actuel des choses. Il veut plutôt que l'Administration soit légalement tenue à sa promesse. C'est dans ce contexte que s'est développée la doctrine de l'*estoppel*, dont l'objectif consiste essentiellement à empêcher les organismes publics d'établir des faits contraires aux représentations qu'ils formulent envers les administrés. Cette règle de preuve, issue du droit privé de la *Common Law*, impose toutefois des conditions d'application qui s'adaptent imparfaitement au droit administratif et le droit public est loin de reconnaître unanimement son existence¹³⁴. La théorie des attentes légitimes, qui a pris naissance en droit public, permettrait-elle d'atteindre le même objectif?

134. L'affaire *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 70 mérite toutefois une étude attentive, qui dépasse le cadre du présent travail.

Comme solution de rechange à l'*estoppel*, ne suffirait-il pas d'admettre que des conséquences de nature substantielle puissent découler d'une attente légitime pour ainsi obliger l'Administration à respecter ses engagements et non seulement à se conformer aux règles de l'équité procédurale avant de prendre une décision¹³⁵?

Nous avons vu précédemment que plusieurs décisions qui traitent des attentes légitimes ouvrent cette porte, en affirmant qu'une autorité administrative qui s'engage *doit respecter sa promesse*¹³⁶. Il est toutefois périlleux de soutenir que ces précédents fondent à eux seuls les bases d'une éventuelle acceptation de conséquences de nature substantielle en matière d'attentes légitimes, puisqu'ils fournissent rarement un raisonnement susceptible de confirmer une telle évolution. Plus intéressantes sont les décisions qui abordent de front la question. Dans une affaire britannique par exemple¹³⁷, la cour considère qu'il n'est pas impossible de songer à des conséquences de nature substantielle dans les cas où aucune protection procédurale n'est possible, comme lorsqu'une autorité administrative prend la décision de placer un individu sur table d'écoute sans respecter les conditions maintes fois réitérées publiquement et constamment appliquées auparavant. Dans un tel cas, puisqu'il est évidemment hors de question d'exiger de l'Administration qu'elle entende l'individu sans rendre sa décision tout à fait inutile, le seul fait pour l'autorité publique de ne pas tenir sa promesse de se conformer à des normes strictes constituerait un motif de révision judiciaire. D'autres décisions, comme l'affaire

135. Certaines décisions semblent s'engager dans cette voie, en confondant les théories de l'*estoppel* et des attentes légitimes. Par exemple, dans l'affaire *Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)*, précitée, note 73, 9-10, le juge Milliken déclare: «The Minister is estopped by his conduct, from taking the position that Bloomfield did not have a license to operate his ambulance service. [...] Where a public authority, by its conduct, gives legitimate expectation that a certain state of affairs exists, the public authority is bound by that legitimate expectation.» (nos italiques). Par ailleurs, les commentaires du juge Marceau, dissident dans l'affaire *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)*, précitée, note 74, 25, ne sont pas dénués d'intérêt : «Personne ne contestera que, même en dehors de toute incidence de mauvaise foi ou de déraisonnabilité flagrante, il puisse y avoir des cas où l'Administration ne devrait pas être admise à se dédire au détriment de l'administré qui s'est fié à sa parole et a agi en conséquence. On peut songer à une sorte d'application, en matière administrative, de l'*estoppel* de la *common law*, étant donné la représentation d'une part et la réaction de confiance et de fiabilité d'autre part, le tout sous la bannière de l'équité. Encore que, étant en droit public, l'idée doit naturellement être confinée dans des limites compatibles avec les exigences de l'ordre public. Et c'est pourquoi les juges anglais ont pris soin de limiter la nouvelle doctrine [des attentes légitimes] à certains aspects de l'action administrative et de soumettre son application à des conditions précises.» (nos italiques)

136. Nous référons le lecteur aux décisions que nous avons fournies comme illustrations de l'approche qui consiste à conférer des effets de nature substantielle à la théorie des attentes légitimes, de même qu'aux commentaires que nous avons formulés à cet égard, *supra*, première partie, section 2, sous-section c.

137. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock*, précitée, note 31.

*A.G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*¹³⁸, suggèrent quant à elles de distinguer les conséquences liées à la reconnaissance d'attentes légitimes selon leur objets respectifs. Si l'objet de l'attente légitime consiste dans une question de procédure, l'organisme administratif pourrait être tenu à sa promesse. Il n'aurait pas à le faire dans les autres cas.

La situation nous semble donc la suivante. Lorsque l'objet de l'attente légitime relève de la procédure (par exemple, un organisme administratif s'engage à accorder une audition orale à un citoyen), l'effet de nature substantielle pose peu de problème: il consiste à obliger l'organisme administratif à tenir sa promesse et à accorder effectivement l'audition. Les effets demeurent du domaine procédural. Il est possible que, de ce fait, l'organisme administratif s'astreigne à une procédure plus élaborée que ce que l'équité lui aurait imposé, mais forcer l'autorité à s'y soumettre risque tout au plus de favoriser l'adoption de décisions plus éclairées, sans la contraindre à agir de façon *ultra vires* ou de manière à abdiquer sa discrétion. Ce raisonnement sous-tend l'opinion du juge Hugessen dans l'affaire *Bendahmane*, qui s'inspirait de l'affaire *Shiu* sur ce point¹³⁹. Cette position nous paraît tout à fait justifiable. La question est cependant plus complexe lorsque l'autorité publique s'engage à conférer un bénéfice spécifique à un administré, c'est-à-dire lorsque l'objet de l'attente légitime ne relève pas de la procédure. Faire produire des effets de nature substantielle à l'attente légitime du citoyen dans un tel cas est susceptible de poser deux types de problèmes¹⁴⁰. Premièrement, une autorité administrative peut s'engager à fournir un bénéfice que la loi n'autorise pas. Si l'autorité tient sa promesse, elle agira de façon *ultra vires*. À l'inverse, si elle tente de revenir sur sa parole, elle risque de causer un tort considérable à l'individu qui a agi en conséquence de l'assurance qu'elle lui a donnée. Mis à part le fait que le droit accorde dans certains cas un recours en dommages-intérêts à l'individu lésé, comment concilier la théorie de l'*ultra vires* avec celle des attentes légitimes conférant des effets de nature substantielle? Comment exiger qu'une autorité administrative soit tenue à ses engagements s'ils excèdent ce que la loi autorise¹⁴¹? La plupart des décisions qui proposent de conférer des effets de

138. Précitée, note 24. Voir aussi les notes 51 à 53 et le texte correspondant.

139. La dissidence du juge Marceau dans la même affaire nous rappelle cependant que des discussions peuvent surgir sur la distinction entre la procédure et la substance. Ainsi, à son avis, «forcer la considération d'une réclamation du statut de réfugié faite de façon non conforme aux prescriptions de la Loi n'est pas du domaine procédural.» (p. 25).

140. Le professeur Craig expose très clairement les principales données de cette question: P.P. CRAIG, «Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis», (1992) 108 *L.Q.R.* 79, 87 et suiv.

141. Sur cette question, les affaires *Crommer v. Workers' Compensation Board (Sask.) et al.*, précitée, note 115, *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, précitée, note 106, et *Dhanjal v. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (1991) 49 F.T.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.), de même que l'opinion du juge Marceau dans la décision *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)*, précitée, note 74, réitèrent l'importance

nature substantielle à la théorie des attentes légitimes font de ce problème une exception qui justifierait une autorité administrative de changer de position. Le professeur Craig va cependant jusqu'à remettre en question le caractère sacré de la doctrine de l'*ultra vires* en droit administratif dans un tel cas et soutient que lorsqu'un individu subit de graves préjudices, l'ordre public exige davantage sa protection qu'une application pure et dure de cette doctrine¹⁴². Deuxièmement, l'Administration publique peut faire des promesses qui soient *intra vires* ou formuler certains critères dans une directive de façon tout à fait légale. Qu'arrive-t-il si l'Administration change d'idée et substitue à ses engagements initiaux d'autres qui sont tout aussi *intra vires* que les premiers (ce qui est fort plausible lorsque la loi présente des difficultés d'interprétation)? Si l'on oblige l'Administration à s'en tenir à ses premières déclarations, ne pourrait-on pas considérer que l'on contraint l'autorité à abdiquer sa discrétion? Contraindre une autorité administrative qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire à respecter un engagement qu'elle a formulé dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, équivaut-il à priver cette autorité de l'exercice des attributions que la loi lui confère¹⁴³? À notre avis, l'autorité administrative qui a exercé son pouvoir discrétionnaire pour s'engager dans un sens particulier à l'endroit d'un individu doit agir de manière cohérente: obliger l'Administration à respecter un engagement formulé dans l'exercice de sa discrétion n'équivaut pas à la priver de l'exercice effectif de ce pouvoir mais à exiger d'elle qu'elle prenne des décisions réfléchies dont elle entrevoit toutes les conséquences. Cependant, il faut reconnaître que l'Administration doit conserver une certaine latitude pour adapter ses pratiques à la réalité, ce qui contribue tout autant à l'efficacité administrative et à la protection des libertés individuelles.

Plus globalement, certains considèrent qu'il est souhaitable de faire de la violation d'une attente légitime une cause de révision judiciaire, plus spécifiquement un cas d'abus de discrétion ou d'injustice flagrante, indépendamment de la possibilité d'invoquer dans une affaire donnée, la protection procédurale. Ainsi, une décision dont l'effet consiste à briser un

de donner effet au texte de la loi et considèrent que le respect du devoir statuaire est primordial. Une attitude totalement différente se manifeste dans les décisions *Bawolak c. Exroy Resources Ltd*, précitée, note 87, et *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précitée, note 70.

142. L'auteur développe cet argument dans P.P. CRAIG, «Representations by Public Bodies», (1977) 93 L.Q.R. 398.

143. Plusieurs décisions remettent en question la manière de résoudre le conflit entre la préservation du pouvoir discrétionnaire et la nécessité de favoriser la cohérence dans les agissements de l'Administration. Certaines semblent favoriser la cohérence: les affaires *Bawolak c. Exroy Resources*, précitée, note 87 et *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, précitée, note 70, en sont; d'autres donnent priorité à la préservation de la discrétion administrative, comme les affaires *Dee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, précitée, note 106, *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, précitée, note 114 et *Piché v. Canada (Solicitor General)*, précitée, note 73.

engagement ou à ignorer une pratique fermement établie serait susceptible d'être annulée par la Cour supérieure, au motif qu'une attitude incohérente de la part d'un organisme public justifie l'intervention judiciaire¹⁴⁴. La cohérence décisionnelle de l'Administration publique est certainement susceptible de favoriser la confiance que les individus lui manifestent. Plus fondamentalement, «it is a human instinct to strive for consistency»¹⁴⁵. Mais cette position n'est pas sans susciter certaines inquiétudes, que l'on manifeste chaque fois qu'il est question d'augmenter les contrôles à l'égard de l'Administration: empêcher un organisme public de revenir sur ses engagements ne risque-t-il pas de scléroser l'appareil de l'État et de nuire à l'efficacité administrative? D'un autre côté, une saine administration, c'est-à-dire une administration qui agit entre autres de manière cohérente, n'en favorise-t-elle pas ultimement l'efficacité? L'équilibre à maintenir entre les contrôles exercés à l'endroit du pouvoir exécutif et la marge de manoeuvre qu'il doit détenir pour agir efficacement doit probablement demeurer ici le critère principal, mais il ne facilite pas la formulation d'une réponse.

L'avenir nous dira ce que la jurisprudence entend faire de ces quelques éléments. Toutes ces questions nous obligent à constater qu'un long travail de réflexion nous attend avant que la doctrine des attentes légitimes ne puisse être appliquée de manière à contraindre l'Administration à respecter ses engagements et à maintenir ses pratiques.

CONCLUSION

La détermination du champ d'application de la justice naturelle et de l'équité procédurale constitue certainement l'une des questions les plus complexes du droit administratif. La théorie des attentes légitimes, loin de mettre un terme aux discussions sur le sujet, ajoute à l'histoire de ce secteur du droit administratif, une page supplémentaire. De fait, elle risque de provoquer certains changements dans le fonctionnement de l'Administration. Mais comme il nous est permis de penser que l'objectif ultime de tous les développements

144. Voir notamment les affaires *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, précitée, note 134, *H.T.V. Ltd v. Price Commission*, [1976] 1 C.R. 170 et *Preston v. Inland Revenue Commissioners*, [1985] 2 All. E.R. 327. La cohérence au sein des actes de l'Administration n'est d'ailleurs pas un thème nouveau: on l'a notamment invoquée dans le contexte des décisions de nature quasi judiciaire, pour justifier l'intervention des cours de justice dans le processus de décision des tribunaux administratifs lorsque, à la suite d'un conflit jurisprudentiel sérieux qui perdure, l'issue d'un litige en arrive à être soumise au choix des décideurs. Voir à ce sujet: Suzanne COMTOIS, «Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs», (1990) 21 R.D.U.S. 77. La Cour suprême vient cependant de rejeter cette approche: *Domtar inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, J.E. 93-1309 (C.S.C.).

145. John M. EVANS, H.N. JANISH, David J. MULLAN et R.C.B. RISK, *op. cit.*, note 58, p. 798.

jurisprudentiels et doctrinaux en la matière puisent leur inspiration dans la recherche d'une plus grande justice administrative pour les citoyens, le jeu en vaut certainement la chandelle.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PRÉFIGURATION DU DROIT DE LA GÉNÉTIQUE PAR LES
CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE : L'EXPÉRIENCE NORD-
AMÉRICAINE

Auteur(s) : Jean-Christophe GALLOUX

Revue : *RDUS*, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 117-149

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13382>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13382>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PRÉFIGURATION DU DROIT DE LA GÉNÉTIQUE PAR LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE: L'EXPÉRIENCE NORD-AMÉRICAINE

par Jean-Christophe GALLOUX*

Les solutions juridiques élaborées par la pratique contractuelle dans le domaine des biotechnologies telle qu'elle a pu être observée récemment en Amérique du Nord, confirment les premières analyses doctrinales relatives aux développements récents de cette technologie nouvelle. On assiste à une réification du vivant et de ses structures, quelle qu'en soit leur origine biologique - humaine ou non humaine - et à leur appropriation par divers mécanismes de réservation. S'agit-il là de préfiguration d'un futur droit à la génétique?

The scope of the article is to analyse and compare the actual contractual biotechnology practices in North America with the theoretical concepts developed by scholars. The practices largely confirm the theories to the effect that there are ownership rights in all living things and materials, even if those rights are not always traditional ownership rights. Are not these contractual practices the foundation of future genetic laws?

*. Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Reims, secrétaire général de l'Association Juribio, avocat.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	121
I - LA NATURE RÉELLE DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES	125
A - LES FONDEMENTS DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE	127
1 - L'ABSENCE DE DISTINCTION SELON L'ORIGINE DES MATÉRIELS	127
2 - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE À LA NOTION DE VIE	130
B - LA PORTÉE DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE	132
1 - LA DISTINCTION DES ASPECTS CORPORELS ET INCORPORELS DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES	133
2 - LE CARACTÈRE APPROPRIABLE DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES	136
II - L'ÉMERGENCE D'UNE PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE OU GÉNÉTIQUE	141
A - LES PROPRIÉTÉS TECHNIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES	141
1 - LE CARACTÈRE AUTO-REPRODUCTIBLE DU VIVANT	142
2 - LE CARACTÈRE VARIABLE DU VIVANT	145
B - LES PROPRIÉTÉS JURIDIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES	150
1 - LES TYPES DE PROPRIÉTÉS BIOLOGIQUES	150
2 - LES CONTOURS DE LA PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE	153
CONCLUSION	156

(1992) 23 R.D.U.S.

La préfiguration du droit de la génétique
par les contrats de biotechnologie :
l'expérience nord-américaine

119

INTRODUCTION

Les juristes découvrent la génétique moderne à mesure que sont apprivoisées les techniques qu'elle a suscitées. Du dépistage des maladies héréditaires au déchiffrement du génome humain, de la réalisation d'animaux-chimères à la dissémination de microorganismes génétiquement recombinés, les technologies du vivant entrent dans la pratique quotidienne et y rencontrent le droit. La fréquence de ces confrontations a pu conduire certains auteurs à évoquer l'émergence d'un véritable «droit de la génétique»¹.

À la vérité, l'apparition «d'un droit de la génétique» est sans doute concomitante à l'apparition du droit lui-même si l'on entend par cette expression le droit relatif aux problèmes posés par les phénomènes de l'hérédité. Qu'il s'agisse de l'eugénique, à laquelle les règles gouvernant les empêchements au mariage ont conféré une grande pérennité dans les systèmes juridiques, ou qu'il s'agisse des réglementations destinées à l'amélioration des races animales et des variétés végétales, la génétique a toujours sollicité la réflexion juridique².

L'originalité de la situation contemporaine tient à la connaissance plus intime des phénomènes de l'hérédité due aux découvertes scientifiques récentes, et à la maîtrise plus grande qu'elles offrent à l'homme sur le règne vivant. L'exploitation industrielle des mécanismes vitaux a été notamment consacrée par les biotechnologies.

Ce terme biotechnologies désigne les «applications des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation des organismes vivants ou de leurs parties ou produits sous leur forme naturelle ou modifiée»³. Les biotechnologies entretiennent des rapports évidents avec la génétique, dans la mesure où l'utilisation du vivant emporte l'utilisation des structures et des processus qui président à son fonctionnement et à sa naissance. Bien que les biotechnologies constituent elles

-
1. J. ROBERT, «La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit», *Revue de droit public*, 1984, p. 1288; voir également: M. DEUTSCH, «Das recht der gentechnologie», *Zeitschrift für Rechts-politik*, vol. 20, 1987, pp. 305-310.
 2. Voir: J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat d'habilitation en droit, Bordeaux I, 1988.
 3. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), c. 16 (4^e supp.) paragraphe 3(1). Pour d'autres définitions des biotechnologies, voir: T. LAVOIX, *Impact des biotechnologies; risques et opportunités*, I.P.E.E., Paris, 1987.

aussi des activités fort anciennes⁴, leur essor actuel considérable en fait un des pôles importants du développement économique des pays les plus industrialisés⁵.

Ces perspectives économiques ont stimulé une pratique juridique importante, le plus souvent contractuelle, destinée à organiser la circulation des biens biologiques vivants ou génétiques. Dès lors, il paraissait légitime d'examiner cette pratique qui, en l'absence le plus souvent d'un cadre normatif spécifique, représente le seul point de référence permettant de déceler une éventuelle évolution des structures juridiques existantes ou d'en prévoir l'émergence. À défaut d'une réglementation adaptée, les milieux professionnels s'organisent et élaborent des usages contractuels cohérents dont de nombreux exemples ont montré, par le passé, qu'elle pouvait *préfigurer* l'état futur du droit⁶.

L'examen de la pratique contractuelle permet par ailleurs, de confronter les solutions adoptées aux analyses doctrinales qui ont pu être menées sur des sujets identiques. Cette dialectique de la pratique et de la théorie est moins intéressante pour la comparaison qu'on pourrait en tirer avec les méthodes des sciences pures où les hypothèses sont vérifiées en laboratoire, que pour la construction même du champ normatif de la génétique. Si la pratique contractuelle, ici comme en d'autres domaines, tend à rechercher des solutions particulières à des problèmes ponctuels, les mécanismes juridiques qu'elle emploie et les qualifications qu'elle propose ont valeur générale pour le champ en son entier. Le travail de la doctrine doit s'attacher à pondérer les solutions retenues et à évaluer leur portée juridique.

L'analyse doctrinale doit en définitive prendre la mesure de cette préfiguration.

L'étude proposée s'appuie sur l'examen d'une cinquantaine de documents contractuels émanant d'une vingtaine d'institutions universitaires, hospitalières, industrielles de recherche ou de production, situées tant aux États-Unis qu'au Canada, et constituant un échantillon représentatif de l'activité biotechnologique en Amérique du Nord. Ce choix apparaît comme particulièrement pertinent,

-
4. Depuis l'époque néolithique, l'utilisation des levures et autres microorganismes permet aux hommes de lever leur pain ou leur pâte, de fermenter leur vin, de rouir leur chanvre, etc...
 5. La production américaine dans le domaine des biotechnologies est évaluée à 50 milliards de dollars d'ici l'an 2000 (D. QUAYLE, *Report on National Biotechnology Policy*, 1990). Sur l'ensemble de cette question: *Biotechnology in a global Economy*, Office of Technology Assessment, (OTA) U.S. Congress, 1991.
 6. Pour un exemple remarquable de ce phénomène, l'élaboration du droit d'obtention végétale, voir l'étude de M.A. HERMITTE, «Histoire juridique extravagante: la reproduction végétale» dans *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole* sous la direction de P. KAHN et J.-C. FRITZ, Paris, Litec, 1983, pp. 249 et suiv.

puisque l'Amérique du Nord demeure - de loin - la région la plus «biotechnologique» du globe. Certains contrats concernent toutefois des entreprises européennes ou orientales. L'imprécision du droit applicable à ces contrats, et les comparaisons qui ont pu être effectuées avec des documents d'origine européenne permettent d'affirmer que les solutions de principe dégagées apparaissent largement valables dans tous les systèmes juridiques occidentaux, qu'elles prennent place dans des systèmes de droit civil ou des systèmes de common law. Les documents peuvent se classer selon six catégories qui reconstituent approximativement le circuit «commercial»⁷ suivi par les matériels biologiques depuis leur découverte jusqu'à leur éventuelle exploitation industrielle.

Originellement, le matériel biologique s'obtient soit dans le cadre d'échanges formalisés entre les équipes de recherche, soit de patients ou de volontaires sains, à la suite des prélèvements auxquels ils auront pu consentir.

Dès lors, il peut faire l'objet de contrats de recherche⁸ et d'accords de confidentialité⁹. Puis, s'il est protégé par un brevet, le matériel peut apparaître dans un contrat de dépôt auprès d'une autorité de dépôt internationale¹⁰, l'invention pouvant elle-même être transférée par le biais d'un contrat de licence¹¹.

-
7. La commercialité s'entendant ici de la circulation juridique des choses autour des personnes et non d'une opération à but onéreux comme trop souvent on l'affirme (ex.: Avis du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) du 2 décembre 1991 relatif «à la transfusion sanguine au regard de la non-commercialisation du corps humain») : voir J.-C. GALLOUX, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 *C. de D.*, n° 4, pp. 1011 et suiv.
 8. Contrats par lesquels deux ou plusieurs parties collaborent ou contribuent à un programme de recherche sur un domaine technique particulier.
 9. Autrement dénommés: «confidential disclosure agreement» ou «confidential information disclosure and limited use agreement», «invention disclosure», ou encore «confidentiality agreement». Ces accords permettent aux parties d'échanger des informations dans le cours d'une recherche ou pour le développement d'une invention.
 10. Dans la mesure où certains matériels biologiques ne peuvent être décrits comme l'exige la procédure de demande de brevets, ils peuvent être déposés auprès d'une autorité de dépôt internationale, selon les stipulations du Traité de Budapest relatif à la reconnaissance internationale des dépôts de microorganismes. L'union de Budapest, constituée à la signature du Traité le 28 avril 1977 et entrée en vigueur en avril 1980, compte actuellement 17 membres. Le Canada n'en fait pas partie aussi bien le dépôt d'un matériel vivant ne peut valoir description. Voir: *Pioneer Hi-Bred Ltd v. Commissioner of Patents* (1987), 11 C.I.P.R. 165 (C.A.F.) et *Pioneer Hi-Bred Ltd c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623. Sur l'ensemble de la question du dépôt de matériels biologiques, voir: MOUFANG et STRAUS, *Deposit and release of biological material for the purpose of patent procedure - industrial and tangible property issues*, Baden-Baden, 1990.
 11. Sur l'ensemble de la question des licences en matière de biotechnologie, on se reportera utilement aux études suivantes: M. G. EDWARDS, *Business plan for university licensing association for biotechnology*, Stanford University, mars 1983; G. M. GOULD, «Dynamics

L'impression contractuelle sur les développements d'un droit de la génétique agit à deux niveaux de la construction juridique: la pratique supporte l'affirmation de la nature réelle des matériels biologiques et génétiques dont elle règle la circulation (I); par ailleurs, cette même pratique semble consacrer l'émergence d'une propriété biologique ou génétique spécifique (II).

I - LA NATURE RÉELLE DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES

Le matériel génétique peut se définir comme le véhicule de l'hérédité chez les êtres vivants: il s'entend des gènes, du génome d'un individu comme de l'ensemble du patrimoine génétique d'une population donnée¹².

Le matériel biologique désigne toute matière vivante, quelle soit une partie d'un organisme vivant telle que ses cellules et des organites intracellulaires¹³, ou un organisme vivant en lui-même¹⁴. Il est rare que les documents contractuels visent expressément le matériel génétique *stricto sensu*. Le plus souvent il sera saisi par le biais des matériels biologiques qui le contiennent, de sorte que nous conserverons ces deux expressions «matériel biologique et matériel génétique» en gardant à l'esprit qu'elles réfèrent à une situation réelle et pratique identique.

-
- of a university industry licence negotiation» dans N. T. LIPPERT et G. M. GOULD, *Trends in biotechnology and chemical patent law*, P.L.I., 1985, pp. 107-125; D. BLUMENTHAL et autres, «Commercializing university research», *New Engl. J. of Med.*, vol. 314, n° 25, 1986, pp. 1621-1626; W. N. KIRN, «The use of bailments in connection with the licencing living organisms» dans G. SOBEL, *Technology licencing*, P.L.I., 1987, pp. 291 et 331; J. W. SCHLICHER, «The law and economics of licencing biotechnology patent, and related rights in United States» dans G. SOBEL, *id.*, pp. 337-338 et JPTOS, mai 1987, pp. 263 et 285; D. E. KORN, «Patent and trade-secret protection in university-industry research, relationships in biotechnology», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 24, 1987, pp. 190-237; J. L. JEFFERS, «Restriction of propagation of patented bacteria sold by patentee - can it be done?», JPTOS, vol. 70, n° 2, 1988, pp. 137-145; E. MACMAHON et B. W. GRAY, *Biotechnology licencing*, Toronto, 1989.
12. Voir: J.-C. GALLOUX, «De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant», *Revue de la recherche juridique*, 1989, n° 3, p. 522.
13. Comme des fractions d'acide desoxyribonucléique (A.D.N.) qui forment le support des gènes, des chromosomes ou des plasmides.
14. Une culture de bactéries ou des lignées cellulaires seront qualifiées toutes deux de matériel biologique alors qu'il s'agit dans le premier cas de parties d'un être vivant et dans le second d'une population d'êtres vivants autonomes. Sur les difficultés d'une définition de l'organisme, on lira avec intérêt: H. SPALTENSTEIN, «La vie et l'organisme: proposition d'une solution», *Fundamenta Scientae*, vol. 7, n° 2, 1986, pp. 267-275.

La pratique biotechnologique confirme l'analyse juridique doctrinale selon laquelle les matériels génétiques ou biologiques sont des choses (*res*), sans qu'il y ait à distinguer selon leur origine animale, végétale ou humaine¹⁵.

La question restait controversée, dans les pays de droit civil¹⁶. Elle semble désormais tranchée car on imagine mal comment la qualification personnelle du matériel génétique humain pourrait s'accorder aux pratiques examinées, au savoir scientifique et s'intégrer rationnellement au système juridique tel qu'il est actuellement conçu¹⁷.

La pratique biotechnologique ne procède pas à la réification des matériels génétiques ou biologiques ce qui ferait accroire à leur nature autrefois personnelle. Elle ne fait que révéler la nature réelle de ces objets. Certes, les contrats examinés n'affirment jamais que les objets dont ils règlent la circulation juridique sont des choses; ils se contentent de supposer leur nature réelle et les traitent en fonction de celle-ci. Toutefois, un certain nombre d'indices permettent de régler définitivement et en toute logique la nature juridique des matériels en cause (A). La portée de cette qualification mérite également d'être soulignée (B).

A - LES FONDEMENTS DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE

Deux indices ancrent indubitablement la qualification juridique des matériels biologiques et génétiques dans la catégorie des choses: d'une part, les clauses contractuelles n'opèrent jamais de distinction entre les matériels selon leur origine (1); d'autre part, les parties ne recourent pas à la notion de la vie pour décrire ou spécifier les matériels visés (2). L'absence d'une double

15. Voir: J.-C. GALLOUX, thèse et article précités notes 2 et 7; N.J. MAZEN, «Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme» dans *Bioéthique et droit* sous la direction de R. DRAI et M. HARICHAUX, PUF, Paris, 1988, pp. 267 et suiv.

16. Voir notamment: G. CORNU, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, Montchrestien, Paris, 1984, n° 306, pp. 423-424; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mères de substitution: le point de vue d'un juriste» dans *Actes du colloque procréation, génétique et droit*, Actes sud, Paris, 1986, p. 307; C. LABRUSSE, «Dons et utilisation de sperme et d'ovocytes - le point de vue d'un juriste», *id.*, p. 255. Par la qualification de «patrimoine de l'humanité» donnée au génome humain, voir CCNE, Avis du 2 décembre 1991, *op. cit.*, note 7. La loi française ne conteste pas le caractère réel du matériel génétique humain: L. n° 91-1406 du 31 décembre 1991, art. 13.

17. En raison des catégories fondamentales qui en sont à la base comme celles des choses et des personnes; voir: M.A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», *Archives de philosophie du droit*, vol. 33, 1988, pp. 323 et suiv.

caractérisation à la fois humaine et vivante du matériel génétique ou biologique empêche selon nous, toute tentative ultérieure de les qualifier de personne.

1 - L'ABSENCE DE DISTINCTION SELON L'ORIGINE DES MATÉRIELS

L'absence de distinction selon l'origine des matériels biologiques ou génétiques employés en biotechnologie enlève toute possibilité de leur attribuer une qualification personnelle. En effet, il n'y a de personne qu'humaine, c'est-à-dire appartenant biologiquement au genre «*homo*». Ce principe est unanimement affirmé par la doctrine la mieux établie¹⁸.

Or, si l'on ne distingue pas ce qui ressort à l'humanité de ce qui ressort à l'animalité, on s'interdit dès lors toute personnalisation.

L'approche «globale» de la matière vivante promue par les contrats de biotechnologie appelle cependant quelques nuances.

Il est évident que l'origine du matériel traité sera précisée dans un but scientifique, à des fins d'identification. L'agrément de confidentialité sera relatif aux informations concernant telle séquence d'un A.D.N. humain; le contrat de licence portera sur la fabrication, grâce aux méthodes de génie génétique, de l'hormone de croissance humaine. Il n'en demeure pas moins que d'un *point de vue juridique*, les parties au contrat ne vont pas exploiter les différences d'origine biologique des matériels: les clauses contractuelles seront essentiellement les mêmes qu'il s'agisse d'un A.D.N. humain ou bactérien. Dans l'hypothèse où un matériel hybride est utilisé¹⁹, les parties seraient d'ailleurs bien en peine de préciser le règne auquel il appartient.

La distinction selon l'origine humaine ou non humaine des matériels n'aura que des conséquences marginales. Ainsi, le médecin ne prélèvera pas un échantillon cellulaire sur le corps d'un individu selon les mêmes règles que sur un animal, et la disposition de l'A.D.N. humain isolé à partir d'un produit

18. Voir par exemple: H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, par Michel de JUGLARD, Montchrestien, Paris, 1972, n^{os} 440, 441, et 471; J. CARBONNIER *Droit civil*, t. 1, n^o 48, pp. 229 et suiv.; même si certains auteurs ont pu regretter que les animaux ne rejoignent pas les hommes dans la catégorie des personnes; voir par exemple : J. BENTHAM, *Introduction to the principles of moral and legislation*, London, 1789 (1^{re} édition).

19. C'est le cas des hybridomes ou du produit des fusions cellulaires, qui consistent à fusionner deux cellules d'espèces différentes.

d'exérèse obéira à un cadre juridique plus strict que la disposition d'un A.D.N. végétal déposé dans une banque de gènes²⁰.

Mais les différences quant au régime juridique de ces choses ne permettent pas de conclure, bien au contraire, à une différence essentielle de nature.

La preuve de l'uniformité et de la permanence de la nature réelle des matériels biologiques et génétiques employés dans les biotechnologies, est apportée par l'ensemble du circuit que suivent ces matériels. Dans l'hypothèse d'un échantillon d'A.D.N. humain, l'acte de prélèvement sera autorisé par un «formulaire de consentement» aux termes duquel un certain nombre de prérogatives sont reconnues à la personne consentante sur le matériel génétique prélevé. Elle peut ainsi refuser que les échantillons soient transférés à d'autres équipes de recherche ou remis à des tiers, conserver ou abandonner des droits potentiels à l'égard d'éventuels développements commerciaux de produits issus des matériels prélevés. Ces prérogatives portent sur une chose²¹. Le même matériel pourra, par la suite, être échangé, (s'il a été préalablement abandonné par la personne sur le corps de laquelle il a été prélevé) entre des équipes de recherche. L'équipe remettante revendiquera parfois une propriété véritable sur les échantillons. Dans tous les cas, des prérogatives réelles, telles que l'interdiction de les transférer à des tiers sans autorisation préalable, ou l'obligation d'informer le remettant pour toute découverte qui serait faite par le bénéficiaire de l'échange sur l'échantillon remis, sont alléguées²².

Si le matériel génétique vient à être breveté comme cela se révèle possible dans la plupart des pays²³, il peut être licencié. Le contrat de licence peut également prévoir des dispositions ne laissant aucun doute sur la nature réelle de l'objet sur lequel il porte²⁴. Le circuit ainsi effectué par les matériels humains est assez répandu pour avoir donné lieu à des contestations judiciaires. La Cour d'appel, puis la Cour suprême de Californie eurent ainsi à connaître de

20. Voir par exemple: B.M. KNOPPERS et C. LABERGE, «DNA sampling and informed consent», *C.M.A.J.*, vol. 140, 1989, pp. 1023-1928.

21. En ce sens, sur le constat de la réification des matériels humains dans la pratique médicale: C. LABRUSSE, «La procréation artificielle: questions de droit?», *Projet n° 195*, 1985, p. 120, «Commercial exploitation of DNA and the tort of conversion: a physician may not destroy a patient's interest in her body-matter», *New York Law School L.R.*, vol. 34, 1989, pp. 531 et suiv.

22. Voir par exemple: P. D. KELLY et E. G. JAWORSKI, «Agreements covering exchanges of biological materials», *Trends in Biotechnology*, vol. 3, n° 1, 1985, pp. 22-27.

23. Voir par exemple: J.-C. GALLOUX, «La brevetabilité des innovations génétiques sous la convention sur le brevet européen: réalité des perspectives», *Cahiers de la propriété intellectuelle*, 1990, n° 2.

24. Voir: J. L. JEFFERS, *loc. cit.*, note 11.

la réclamation d'un patient soigné pour un cancer, qui revendiquait une partie des bénéfices résultant de l'exploitation d'un brevet pris sur les séquences génétiques découvertes dans les échantillons tissulaires qui lui avaient été prélevés dans le cadre de son traitement²⁵.

Il nous semble important de préciser que la nature réelle des matériels en cause ne se déduit pas uniquement d'une référence à une quelconque valeur commerciale ou industrielle telle qu'elle est supposée dans les contrats de recherche, d'échange ou de licence. Elle se déduit plutôt, comme nous l'avons évoqué, de la nature même des actes juridiques que la personne peut accomplir sur eux, et des prérogatives qu'elle détient à leur égard. Les actes de don, de dépôt ou d'échange passés à titre gracieux, comme le pouvoir de ne pas donner ou d'exclure les tiers, évoquent des droits privatifs qui ne peuvent concerner que des biens et non des personnes, c'est-à-dire des sujets de droit agissant et non agis.

La qualification réelle de tous les matériels biologiques ou génétiques, en particulier des matériels d'origine humaine, est perçue comme un danger par une partie de la doctrine²⁶. Mais les catégories juridiques de l'extra-commercialité et des choses communes peuvent assurément jouer un rôle dans le contrôle de la circulation juridique des éléments corporels, de façon à protéger la personne dans son intégrité et sa dignité. Il est vrai que cette protection reste très lacunaire dans le cadre des circuits décrits plus haut. La sauvegarde de la personne s'arrête au stade de l'individu considéré comme source de matériel biologique. Elle ne s'étend pas à l'exploitation ultérieure de ces matériels. Dès lors, il appartient aux rédacteurs de formulaires de consentement notamment, de mettre la personne en mesure de contrôler, le cas échéant, les usages ultérieurs des éléments biologiques ou génétiques avec plus de précision²⁷. Le danger réside non pas dans la qualification réelle des matériels biologiques ou génétiques, mais dans l'imprécision des droits respectifs des parties sur ces matériels.

25. Voir: *Moore v. Regents of University of California*, 249 Cal. Rptr. 494 (Cal. App. 2 Dist. 1988); rev'd 793 P2d 479 (Cal.1990).

26. Pour un bon rappel des positions de principe en France, voir par exemple: Groupe d'Étude du Conseil d'État, *Science de la vie: de l'éthique au droit*, la Documentation Française, Paris, 1988.

27. En prévoyant en particulier les droits respectifs des parties en cas de développement commercial de produits. Ces développements sont rarement évoqués; voir par exemple : D.M. KNOPPERS et C. LABERGE, *loc. cit.*, note 20; voir *infra*.

2 - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE À LA NOTION DE VIE

«L'homme vivant seul est sujet de droit» rappelait à juste titre R. Demogue²⁸.

En effet, la personne doit, pour être reconnue, se manifester à la fois par une présence corporelle et par une présence active, c'est-à-dire vivante. La qualification «vivante» apparaît décisive pour le concept de personne puisque le corps abandonné par la vie, le cadavre s'analyse juridiquement comme une chose²⁹. C'est la raison pour laquelle le caractère vivant des matériaux biologiques ou génétiques avait été mise en exergue pour justifier qu'ils échappassent aux classifications traditionnelles du droit³⁰. À aucun moment, les rédacteurs des documents contractuels analysés ne recourent pourtant aux termes «vie», «vivant» ou «vital» pour désigner ou qualifier les matériels biologiques ou génétiques visés dans les opérations juridiques. Cette particularité sémantique étonne d'autant plus que le domaine du biologique traite exclusivement du vivant! Le vivant apparaît plutôt comme atomisé dans des particules chimiques ou biochimiques, éclaté en des parties fonctionnelles, bref assimilé à des objets techniques semblables aux objets techniques entrés de très longue date dans la sphère contractuelle. Il y a dans ce glissement du langage plus qu'une coïncidence due aux contingences des descriptions techniques.

Ce glissement marque la volonté consciente de traiter les matériels biologiques de la même manière que les matériels inanimés parce que la notion de vie est devenue un critère flou et inutile pour les distinguer vraiment³¹.

Cette approche nouvelle du phénomène vital, ou plutôt sa négation, s'énonce clairement dans les contrats relatifs aux dépôts de microorganismes et

28. R. DEMOGUE, «La notion de sujet de droit», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, vol. 8, p. 614; pour une formulation comparable en common law: «To be a person one must be both alive and distinguishable from animal or other kinds of living things»: G. GROBSTEIN, «Defining human life» dans SHAW et DOUDERA, *Defining life: medical, legal and ethical implications*, Aupha press, Washington, 1983, pp. 3, 6.

29. Sur l'ensemble de cette question, voir: X. LABBÉE, *La condition juridique du cadavre*, thèse de doctorat de droit, Lille III, 1981.

30. Ce qu'illustre le recours à l'expression «forces génétiques» parfois employée par la doctrine française. Voir la note 16.

31. Ce que F. LHERMITTE exprimait ainsi: «Plus mes connaissances sur la vie progressent, plus cette question s'éloigne et s'éteint; elle devient même un non sens: la vie est un fait de la nature» dans «Le cerveau et la pensée ou la matière et l'esprit», *Revue des sciences morales et politiques*, 1981, p. 765.

de matériels assimilés, selon les règles du Traité de Budapest auprès des autorités désignées.

Les exemplaires déposés doivent, pour rester accessibles au public au moins pendant la durée du droit de brevet, demeurer viables c'est-à-dire aptes à se répliquer dans les conditions qui leur sont propres: en cas de «perte de viabilité», ils doivent être remplacés³². Le plus souvent, l'exigence de viabilité des matériels se trouve autrement qualifiée: ils doivent demeurer «biologiquement actifs»³³. Le vivant n'est autre qu'une activité particulière de la matière. Dès lors, il n'y a plus de division infrangible entre l'inanimé et l'animé. Les supports biologiques de la personne sont emportés dans la matérialité, dans l'indifférenciation des choses que le droit peut saisir. La pratique poursuit cette indifférenciation en évitant de distinguer selon l'origine des matériels utilisés.

B - LA PORTÉE DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE

Quelle portée les acteurs dans le domaine des biotechnologies donnent-ils à la nature réelle des matériels biologiques et génétiques? De ce point de vue la confrontation des approches doctrinales et de la pratique se révèle particulièrement intéressante puisque la première comme les secondes en arrivent à des conclusions similaires. Toutes deux procèdent à une analyse identique des caractéristiques des objets visés (1) pour en tirer les mêmes conséquences (2).

1 - LA DISTINCTION DES ASPECTS CORPORELS ET INCORPORELS DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES

Les récents travaux accomplis en biologie moléculaire nous ont enseigné que les molécules d'A.D.N., qui constituent les supports de l'hérédité, sont à la fois des molécules chimiques et des molécules informationnelles³⁴. Ces deux

32. Voir par exemple: S. CRESPI, «Biotechnology patents past and future», *EIPR*, vol. 4, 1981, p. 138; article 6-2 du Traité de Budapest, précité note 10. Voir également : World Federation for Culture Collections *Guidelines for the establishment and operation of collections of culture of microorganisms*, 21 décembre 1990; B. A. BRADON, «Role and practices of a patent depository», *Biotechnology Patent Conference*, Washington, mai 1990.

33. Voir par exemple: «Compte rendu du comité d'experts sur les inventions biotechnologiques et la propriété industrielle», *La propriété industrielle*, 1985, p. 62.

34. L'A.D.N. est une molécule formée de l'union de maillons élémentaires (nucléotides) dont les bases chimiques sont au nombre de quatre, toujours identiques: Adénine (A), Thymine (T), Guanine (G) et Cytosine (C); ces éléments sont agencés de telle manière qu'ils constituent

aspects du matériel génétique font l'objet d'un traitement juridique différent quoique complémentaire. Ce point avait été formellement évoqué dans les études doctrinales³⁵ et la distinction se trouve reprise dans de nombreux contrats.

Le matériel génétique se présente d'abord comme une chose tangible : il est alors sous la forme d'un A.D.N. C'est ainsi qu'il est désigné dans les actes de prélèvements médicaux accomplis à des fins de recherche clinique, ou d'études d'épidémiologie génétique. Il peut également s'agir de plasmides³⁶, de sondes A.D.N., etc. Le matériel génétique peut être, par ailleurs, incorporé dans un matériel biologique spécifique dont il sera extrait (tel que des lignées cellulaires, des produits divers d'exérèses, etc). Ces différents objets sont parfois désignés comme une «tangible property». Leur nature tangible les destine aux opérations juridiques caractéristiques des objets corporels.

Des clauses contractuelles vont en interdire le transfert à des tiers ou vont subordonner leurs déplacements à l'obtention d'une autorisation préalable du remettant. Une des clauses-types les plus souvent rencontrée dans le cadre des contrats d'échange ou de licence de matériels est libellée comme suit:

*This material will not be distributed or released to any person other than co-workers working under the scientists direct supervision, and no one will be allowed to take or send this material to any other location unless the written permission is obtained from...*³⁷

D'autres clauses vont permettre au remettant du matériel biologique ou génétique d'en exiger le retour ou la destruction en cas de rupture ou à la survenance du terme de la convention. Enfin, s'agissant le plus souvent de matériel destiné à la recherche et à l'expérimentation dont l'innocuité n'est pas toujours établie, le remettant insérera dans les conditions contractuelles une

une chaîne; l'A.D.N. se présente sous l'aspect d'une double chaîne dont chaque brin anté-parallèle est lié à l'autre par des liaisons combinant les éléments A-T ou T-A, C-G, G-C; les deux chaînes sont complémentaires et dessinent une échelle dont les barreaux sont les couples A-T ou G-C; cette chaîne s'enroule sur elle-même évoquant l'image d'une hélice double: sur l'ensemble de cette question: voir: J.B. WATSON et F. CRICK, *La double hélice*, Laffont, Paris, 1984. La succession des bases nucléiques ATCG forme un code véritable appelé code génétique; le message ainsi inscrit sur les brins d'A.D.N. permet d'assembler les protéines, c'est-à-dire les constituants élémentaires des êtres vivants. Les brins d'A.D.N. recèlent en quelque sorte le plan de construction de tous les êtres vivants. Sur le concept d'information génétique, voir par exemple: F. BOUVIER, *L'information génétique; concepts de la biologie moderne*, Privat, Toulouse, 1980.

35. Voir: N.J. MAZEN, *loc. cit.*, note 15; J.-C. GALLOUX, thèse précitée, note 2, p. 2.

36. Petite séquence d'A.D.N. chez une bactérie. Elle agit et se réplique de façon indépendante du chromosome principal. Elle peut être transférée de bactérie à bactérie par conjugaison.

37. Voir: P. D. KELLY et E. G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, p. 25.

clause excluant sa responsabilité en cas de dommages résultant de son utilisation:

The recipient acknowledges that the material is experimental in nature, and that... makes no representations or warranties of any kind either express or implied, as to the merchantability or fitness of the material for a particular purpose,... in no event... will be liable for any damages direct or indirect or consequential resulting from any use of the material or any derivatives thereof by the recipient or any other party.

Le matériel génétique est surtout porteur d'information. Cette information, son identification et son décodage représentent le but ultime de la recherche. Dès qu'elle se trouve déchiffrée, le détenteur de l'information génétique possédera la clef de la fabrication de la protéine qu'elle permet de synthétiser. D'une façon plus large et par analogie, les acteurs contractuels dans le domaine des biotechnologies vont distinguer les aspects corporels et incorporels de tous les matériels biologiques: l'information ne désignera plus seulement l'information génétique encodée à des supports d'A.D.N., mais toute information technique relative au matériel ou révélé par lui.

L'information technique va notamment recouvrir tous les résultats des recherches effectuées sur ces divers objets et les connaissances relatives au comportement du matériel vivant. L'intérêt de la distinction entre les deux aspects des matériels biologiques ou génétiques réside pour l'essentiel dans une meilleure définition des droits respectifs des parties. En effet, une difficulté aux conséquences pratiques importantes demeure largement irrésolue au plan des principes juridiques: dans quelle mesure la propriété des supports emporte-t-elle la propriété des informations qu'ils recèlent ou qu'ils révèlent, dans l'hypothèse où cette information vient à être découverte par une personne distincte du propriétaire des supports?³⁸ Si l'information découverte fait par la suite l'objet d'un droit de propriété industriel ou intellectuel, des risques de confusion avec la propriété corporelle du matériel peuvent survenir. Ces risques existent aussi bien dans les systèmes de common law que dans les systèmes de droit civil³⁹, et ils ne sont pas particuliers au domaine des biotechnologies⁴⁰.

38. Sur l'ensemble de cette question, voir: J.-C. GALLOUX, «Du droit de l'inventeur sur ses découvertes: à la recherche d'un droit fabuleux», *Revue de la recherche juridique*, 1991-92, pp. 387-418.

39. En droit américain, voir notamment: W. N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, pp. 292 et 313.

40. Ainsi l'article 28 de la loi française du 11 mars 1957 relative à la Propriété intellectuelle, artistique et littéraire précise: «La propriété incorporelle définie par l'article 1^{er} est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par la présente loi, sauf dans les cas prévus par les dispositions de l'article 23, alinéas 2 et 3.»

Les cocontractants vont ainsi préciser les droits assis sur les deux aspects distincts du même matériel. Dans les contrats de recherche ou d'échange, la propriété corporelle du matériel reste généralement acquise à son remettant, le bénéficiaire conservant dans la plupart des cas de contrôle de l'information générée par le matériel s'il l'a découverte. Toutefois, il est permis de distinguer entre les deux aspects présentés par les matériels biologiques et génétiques, il ne faudrait pas nier le lien indissoluble qui les unit et que scelle l'existence réelle d'un seul objet. C'est pourquoi le terme global de «technologie» semble approprié pour désigner ensemble le matériel proprement dit et toutes les informations qu'il convoie ou qu'il peut révéler.

2 - LE CARACTÈRE APPROPRIABLE DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES

Ce paragraphe peut paraître superflu dans la mesure où le caractère appropriable des matériels vivants s'induit de leur présence dans les relations contractuelles. Il est à noter toutefois que les contrats d'échange évitent soigneusement de préciser que les parties sont propriétaires des matériels en cause. Ces subtilités rédactionnelles restent propres aux accords passés sous l'empire de la loi américaine et ne remettent pas en cause le principe de l'appropriabilité du vivant: «the restricted release form does not address the issue of ownership. Instead, it focuses on allowable use of material. This approach was adopted to avoid legal formalities relating to the ownership of derivatives.⁴¹»

Cette pratique nord-américaine se retrouve en Europe avec des variantes encore moins heureuses, en témoigne cette rédaction ambiguë quant aux modes d'appropriation des matériels: «la société X peut nous fournir le matériel 33 (plasmide contenant le gène 31 et le gène 32)... Ce matériel résulte des propres travaux de la société X qui en a la *propriété industrielle*.»

Certes, les notions d'«ownership», de «property» et de «propriété» ne recouvrent pas exactement le même concept. Elles marquent toutes néanmoins la volonté d'approprier ces objets particuliers, c'est-à-dire de revendiquer une exclusivité à leur égard^{41a}.

Or, cette question demeure encore controversée en doctrine. Certains auteurs soutiennent en effet que l'appropriation privée des matériels vivants est

41. P.D. KELLY et E.G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, pp. 23 et 24.

41a. Sur l'exclusivité comme caractère essentiel de la propriété: F. ZENATI, *Les biens*, PUF, Paris, 1988, p. 1040; E. MACKAAY, «La propriété est-elle en voie d'extinction?» dans *Nouvelles technologies et propriété*, sous la direction de E. MACKAAY, Litec, Paris, 1991, p. 217.

autant une aberration juridique qu'une abomination culturelle et économique. Le vivant serait inappropriable car il appartiendrait au règne de la nature, elle-même non appropriable⁴². Si l'idée de nature, comme toute idée, semble en effet inappropriable, il n'en demeure pas moins que les existants dont la nature se compose ont toujours été appropriables à titre de «*res nullius*». La solution ultime pour faire échapper la nature à l'appropriation privée résiderait dans la reconnaissance internationale de la qualification de patrimoine commun de l'humanité des ressources vivantes⁴³. Certes, cette position a pour elle, d'un point de vue juridique, de s'appuyer sur une pétition de principe adoptée par la F.A.O.⁴⁴, mais il n'est pas certain qu'elle soit techniquement et économiquement justifiée. Elle part du postulat selon lequel l'appropriation privée des matériels biologiques et génétiques, par voie de brevet en particulier, serait néfaste au développement des techniques et à leur diffusion mondiale.

L'appropriation privée du vivant renforcerait la situation monopolistique des grands groupes industriels occidentaux au détriment des pays en voie de développement. Or, il est permis de constater que, jusqu'à présent, le système du brevet a joué un rôle stimulateur que n'a pas démenti la formidable accélération technique dans le domaine des biotechnologies⁴⁵. Quant à l'érection d'un nouvel ordre économique mondial dont le concept de patrimoine de l'humanité serait un des instruments, le débat dépasse de loin le cadre de cet article⁴⁶. Ce point de vue se trouve vigoureusement soutenu, en France, par le Comité Consultatif National d'Éthique qui considère que l'appropriation par voie de brevet des séquences d'A.D.N. «constitue un détournement des conditions normales et éthiquement admissibles, en vue d'obtenir un avantage économique injustifié»⁴⁷. À notre sens, il nous semble excessif de parler de «dérèglements de l'appropriation privée»^{47a} dans le domaine des biotechnologies. Si les mécanismes mis en place par la pratique méritent sans doute d'être encore amendés, leur correction interviendra plus sûrement par l'application des règles juridiques propres à l'appropriation que par le recours à des mécanismes de puissance publique. Quant à l'appropriation de l'information génétique par la

42. «Sur un exposé de ces positions», voir: M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, p. 259 et suiv.

43. Voir par exemple: B. EDELMAN, «Le droit et le vivant», *La Recherche*, vol. 20, 1989, p. 976. M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, *in fine*; C. de KLEMM, «Conservation of species. The need for a new approach», *Environmental Policy and Law*, 1982, p. 117.

44. Résolution FAO 6/81 adoptée le 26 novembre 1981 (doc FAO C/81/II/REP/1) et d'ailleurs peu suivie d'effet.

45. Voir par exemple: M. LEHMANN, «Property and intellectual property - property rights as restrictions on competition in furtherance of competition», *I.I.C.*, vol. 20, 1989, pp. 1-15.

46. Sur le concept de patrimoine commun de l'humanité et les déconvenues que son application a pu causer: V. BEKKOUCHE, «La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité», *Revue belge de droit international*, vol. XX, 1987, pp. 124 et suiv.

47. Avis du 2 décembre 1991, précité note 7.

47a. M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, p. 297.

voie du brevet, elle se trouve confirmée dans tous les pays avancés depuis plus de dix ans.

Ainsi, la pratique consacre-t-elle le caractère appropriable des matériels biologiques ou génétiques. Mais cette «appropriabilité» s'inscrit entre des limites qui tiennent précisément aux mécanismes du droit de propriété.

Deux séries d'hypothèses permettent de mesurer l'importance de l'appropriation des matériels vivants dans le domaine des biotechnologies: la première série est relative à l'origine humaine des matériels et la seconde au caractère commun de certains matériels.

Dans l'hypothèse d'un prélèvement de matériel biologique ou génétique humain sur le corps d'un patient ou d'un volontaire sain, et dans cette hypothèse seulement, les actes passés, prévus dans un «formulaire de consentement» («consent form»), ne mentionnent jamais un quelconque transfert de propriété. En effet, l'application du concept de propriété aux choses attachées à la sphère corporelle relève encore du tabou juridique⁴⁸. Tout le monde s'accorde toutefois à reconnaître la nature réelle des matériels détachés. Mais ces derniers n'entreraient pas nécessairement dans le commerce⁴⁹. En fait, ils entrent déjà, qu'on le veuille ou non, dans le commerce juridique par le fait même qu'ils soient transférés physiquement à des tiers sous des conditions précisées par un acte juridique.

La personne conserve un certain contrôle sur les échantillons prélevés et sur l'information qui en résulte⁵⁰, ce contrôle se justifiant à des fins de protection de la personne. Dans certains formulaires de «consentement éclairé», il est prévu d'informer le patient en cas d'utilisation commerciale ultérieure du matériel prélevé, ou dans l'hypothèse où le matériel révélerait une découverte d'intérêt économique certain^{50a}. Avec l'anonymat des échantillons, les prérogatives de la personne paraissent s'évanouir: «une partie du matériel biologique et/ou des données dérivées... pourra être utilisée de façon anonyme pour la recherche sur la maladie XY...» Telle est la formule que l'on rencontre dans les contrats les plus usuels. Il est vrai que, par l'imposition de l'anonymat,

48. Tabou qui s'appuie sur l'antique adage du Digeste (Liv. IX, tit. II, «Ad Legem Aquilam n° 13») «Dominum membrorum nemo videtur». Sur l'ensemble de cette question, voir : X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps; une mise à l'épreuve du droit subjectif*, préface de J. RIGAUX, Louvain, 1982, pp. 428 et suiv.

49. Encore que l'expression demande à être bien précisée: Voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 7.

50. C'est ce qui justifie l'existence du secret médical.

50a. Pour un conflit relatif à la non-exécution de cette clause: *Moore v. Regents of University of California*, précitée note 25.

l'utilisation ultérieure du matériel prélevé n'est plus de nature à porter atteinte à la personnalité. Mais l'assurance de l'impossibilité d'une action dommageable ne confère pas pour autant à l'équipe médicale la propriété des matériels vivants en cause. Ce droit ne peut naître entre leurs mains. Il aura été nécessairement transféré par le patient ou par le volontaire sain dont les matériels auront été détachés. L'anonymat est, sans nul doute, le critère de la commercialité de ces objets⁵¹ et donc une condition nécessaire au transfert de la propriété. Mais seule une disposition expresse permet d'opérer le transfert complet de la propriété⁵². L'affirmation claire du caractère appropriable ou extra-commercial des matériels biologiques ou génétiques d'origine humaine est donc seule de nature à assurer une meilleure protection des droits de la personne vis-à-vis des utilisations de ces objets dans le cadre d'activités biotechnologiques, qu'elles soient médicales ou extra-médicales.

À l'inverse de l'hypothèse précédente, le caractère commun des matériels biologiques ou génétiques enlève à l'appropriation beaucoup de son intérêt pratique.

À l'instar des autres objets livrés au commerce juridique, les matériels vivants se voient attribuer une valeur en rapport avec leur rareté. La rareté des choses détermine en effet le recours au concept de la propriété sous quelque forme qu'elle se manifeste⁵³.

Les matériels vivants peuvent aisément perdre leur valeur de rareté. Du point de vue de leur aspect corporel, ils peuvent rapidement se multiplier ou être multipliés par les organismes dans lesquels ils se trouvent incorporés. C'est le cas des cultures cellulaires ou des microorganismes. Dès lors qu'ils sont répandus dans le public et facilement accessibles aux scientifiques, leur possession exclusive n'est plus nécessaire, ni pour assurer leur disponibilité auprès des chercheurs, ni pour empêcher les tiers de les ravir. Il en va de même des informations convoyées ou révélées par ces matériels. Si elles ont été divulguées dans le public préalablement à une réservation par le biais d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle, elles deviennent librement disponibles: elles sont tombées dans le domaine public. D'un point de vue corporel aussi bien que d'un point de vue incorporel, les matériels vivants divulgués ne font l'objet d'aucune revendication d'exclusivité. Ce sont des choses communes.

51. Voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 7.

52. En ce sens: J. WOODLEY, «Capitalizing on the wealth buried deep in living matter», *Revue canadienne de propriété industrielle*, vol. 2, 1985, p. 932. Voir également: *Biotechnology Law Report*, décembre 1984.

53. Sur l'ensemble de cette question, voir: E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 41a, p. 219.

C'est ainsi que les parties ne s'obligent pas sur de tels matériels dans les contrats de biotechnologie. Si d'aventure des matériels biologiques ou génétiques divulgués et librement disponibles sont nécessaires à la mise en oeuvre d'un procédé de fabrication breveté faisant l'objet d'une licence, le donneur de licence ne s'engagera pas à les fournir, par exemple.

II - L'ÉMERGENCE D'UNE PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE OU GÉNÉTIQUE

Les matériels vivants sont des choses, et dans la plupart des cas, des choses appropriables comme nous l'avons observé. Dès lors, les mécanismes traditionnels des droits privatifs trouvent à s'appliquer. Les biotechnologies ne réclament pas, sous ce rapport, l'élaboration d'un droit «*sui generis*» : «Biotechnology is not unique, and therefore can be adequately dealt through existing law»⁵⁴. Mais les biotechnologies possèdent cette singularité vis-à-vis des autres technologies d'utiliser précisément de la matière vivante. Or, la matière vivante présente des particularités techniques qui modifient le fonctionnement de certains mécanismes juridiques de l'appropriation et en rendent l'application difficile. La pratique contractuelle s'est donc appuyée sur les mécanismes juridiques traditionnels en leur imposant des modifications de façon à les adapter à l'appréhension de ces objets nouveaux. Les solutions apportées par la pratique ne sont pas toujours homogènes et complètes, si souvent elles innoveraient. Dans une certaine mesure, elles pourraient préfigurer l'émergence d'un type particulier de droit privatif.

Ainsi, les propriétés techniques du vivant (A) imposent la recherche et la mise en place de nouveaux cadres juridiques pour la propriété biologique (B).

A - LES PROPRIÉTÉS TECHNIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES

Le matériel vivant présente des singularités évidentes vis-à-vis des choses inanimées, mais qu'il convient de rappeler afin d'identifier les problèmes juridiques qu'elles suscitent. Le domaine du vivant, et par suite, celui des biotechnologies, demeure empreint d'incertitudes techniques dues à deux caractéristiques essentielles : le pouvoir d'auto-reproductibilité du vivant et sa variabilité.

54. W.N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, p. 292.

1 - LE CARACTÈRE AUTO-REPRODUCTIBLE DU VIVANT

Le matériel vivant a la faculté de se reproduire à l'identique: chacun des brins d'A.D.N. peut se dédoubler pour être répliqué selon des processus biochimiques complexes désormais bien connus⁵⁵.

Par ailleurs, les organismes eux-mêmes, quelle que soit leur complexité, peuvent également se reproduire par division pour les être les plus frustes⁵⁶, ou de manière sexuée pour les plus élaborés⁵⁷. Le vivant se présente donc comme une machine à produire le même⁵⁸. Le transfert d'un matériel reproductible utilisable dans un procédé biotechnologique revient au transfert non seulement du savoir-faire relatif à ce procédé mais aussi des moyens de mise en oeuvre de ce procédé. Ces caractéristiques techniques suscitent des problèmes juridiques inédits quant aux limites de leur appropriation et ses conséquences.

- a) Le propriétaire d'une souche d'organismes vivants, l'est-il de toutes les générations qui en seront issues? La question présente un intérêt moindre pour les êtres vivants supérieurs dont le rythme de reproduction s'étend sur une échelle temporelle relativement longue.

Les textes légués par les sociétés traditionnelles à dominante agricole peuvent aisément s'appliquer en l'espèce⁵⁹. Les microorganismes et les lignées cellulaires en revanche, prolifèrent à un rythme élevé pour peu qu'ils baignent dans un milieu de culture propice à leur développement. Ils assurent une source continue dont on ne sait, a priori si le licencié, par exemple, peut avoir la libre-disposition⁶⁰. Le donneur de licence devra-t-il réclamer des redevances sur cette reproduction en sus des droits versés lors de la remise des premiers échantillons? Par ailleurs, la faculté d'auto-reproductibilité des matériels biologiques ou génétiques fait pièce à leur caractère mortel. Les contrats d'échange ou de location

55. Voir par exemple: J.M. ROBERT, «Physiologie du gène», *Revue du praticien*, 1974, vol. 24, p. 2257.

56. La plupart des plantes ou des microorganismes, quelques insectes et de rares vertébrés se contentent d'un mode de reproduction virginal autrement appelé parthénogénèse. Les descendants d'un même ancêtre possèdent toutes ses caractéristiques génétiques; on les désigne sous le nom de clone.

57. La sexualité n'est qu'une forme commode permettant une plus grande variabilité individuelle, gage d'adaptabilité de l'espèce; sur l'ensemble de cette question, voir: LANGANEY, *Le sexe et l'innovation*, Seuil, Paris, 1979.

58. Voir: J. MONOD, *Le hasard et la nécessité*, Seuil, 1979, pp. 19 et suiv.

59. Voir l'art. 547 du *Code civil français*, «Le croît des animaux [appartient] au propriétaire par droit d'accession». Art. 548: «Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labours, travaux et semences faits par des tiers et dont la valeur est estimée à la date du remboursement».

60. Voir par exemple: J. L. JEFFERS, *loc. cit.*, note 11.

des matériels vivants devront donc prévoir des dispositions particulières en cas de disparition de ceux-ci. Certains contrats prohibent la reproduction des animaux transgéniques par les clients ou les licenciés, réglementent leur dissémination, leur revente ou leur prêt^{60a}.

- b) Dans l'hypothèse où les matériels vivants sont prêtés ou loués et non cédés, se pose avec acuité le problème du contrôle que peut exercer sur eux le propriétaire. En effet, une certaine responsabilité demeure attachée au droit de propriété dont il est nécessaire de préciser les contours et les frontières avec la responsabilité du bénéficiaire utilisateur de ces matériels. «*L'animus domini*» qui caractérise la propriété, s'exerce par l'intermédiaire d'un contrôle sinon conscient, du moins possible. Ce problème recouvre des situations pratiques, nombreuses et importantes.

Les secteurs de biotechnologie faisant appel aux techniques de la recombinaison génétique⁶¹, utilisent parfois des souches de microorganismes pathogènes ou qui sont susceptibles de donner naissance à des organismes vivants pouvant présenter un danger pour l'homme ou son environnement. Ces activités font l'objet d'une réglementation précise et d'une surveillance particulière⁶², mais qui n'identifie que rarement les responsabilités respectives des différents intervenants. Il est permis de s'interroger sur la pertinence même des concepts juridiques de garde ou de maîtrise vis-à-vis d'organismes microscopiques aussi peu saisissables ou dont la croissance et le nombre les restituent en quelque sorte à l'univers du non-droit (puisqu'ils deviennent communs en raison de la perte de rareté qu'ils subissent et de leur disponibilité immédiate comme pratiquement illimitée)⁶³.

60a Voir: J.-C. GALLOUX, «L'organisation et la protection juridiques de la création et nouvelles races animales», dans CHEVALIER, *Rapport sur les applications des biotechnologies à l'agriculture et à l'industrie agro-alimentaire*, Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, Paris, 1990, t. 2, pp. 342 et suiv.

61. Grâce auxquelles il est permis d'insérer dans le génome d'un être vivant une séquence génétique nouvelle provenant d'un être appartenant à une espèce différente, de façon qu'il puisse exprimer le caractère gouverné par ce gène.

62. Pour le Canada, voir: R.B. CADWELL et L.H. DUCKE, *La réglementation de la biotechnologie végétale au Canada*, Agriculture Canada, Ottawa, janvier 1988. Pour la France: J.-C. GALLOUX, «L'encadrement des biotechnologies: de la normalisation à la réglementation des pratiques», *R.R.J.*, 1990, n° 2, pp. 253-278.

63. Que l'on songe à la prolifération d'un virus à l'occasion d'une épidémie de grippe: si la souche originale a pu être «appropriée» par un ou plusieurs individus, que faut-il conclure des colonies virales qui sont des descendants directs de cette dernière et qui ont infecté des millions d'individus? Sur les rares études doctrinales traitant de la classification juridique des microorganismes: voir: R. SAVATIER «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels», *Rev. Trim. de droit civil*, 1958, pp. 331 et suiv.; J.-

Ces difficultés ne sont pas circonscrites à la seule utilisation des microorganismes. Certes, le contrôle de la descendance chez les espèces supérieures sexuées est rendue plus aisée par le fait même de leur sexualité⁶⁴, et par leur apparence, mais il ne peut être exercé en toute circonstance⁶⁵. Dans ces diverses hypothèses que reste-t-il vraiment de la caractéristique essentielle de la propriété que demeure «*l'animus domini*»?

2 - LE CARACTÈRE VARIABLE DU VIVANT

- a) La variabilité est une propriété essentielle du vivant. Elle se combine sans contradiction avec le caractère immuable du matériel génétique. Les réplifications du matériel héréditaire apparaissent en effet d'une extrême sûreté puisqu'une erreur ne se glisse dans la copie qu'une fois toutes les 100,000 réplifications en général⁶⁶.

La conservation des espèces et des races commande l'immutabilité des structures génétiques. Les erreurs ou mutations qui les affectent cependant jouent un rôle primordial: elles vont permettre d'adapter les organismes vivants aux changements de leur milieu. Les mutations vont conférer à l'individu qui en est porteur, soit un avantage physiologique particulier qui lui permettra alors de mieux se développer dans sa niche écologique, soit un handicap qui vouera celui qui en est affligé à une disparition prompte. Le phénomène de la mutation est considéré comme le moteur de l'évolution des formes vivantes dans la théorie néo-darwinienne⁶⁷. En un mot, le vivant est le contraire du fleuve héraclitéen, toujours identique à lui-même sous le constant renouvellement des eaux qu'il charrie. Les mutations peuvent être, au demeurant, provo-

C. GALLOUX, thèse précitée note 2, pp. 202 et suiv.

64. Il sera notamment possible de castrer les individus, ce qui s'effectue couramment chez les animaux et les végétaux. Les hybridations chez les plantes ou certains croisements chez les animaux permettent par ailleurs d'obtenir une progéniture stérile.

65. Le propriétaire d'une plante l'est-il également des pollens que cette plante dissémine à tous les vents? Le problème a pu légitimement se poser pour les plantes recombinées génétiquement et qui pourraient s'hybrider hors de tout contrôle avec des végétaux appartenant à des propriétaires mitoyens: voir: Norman C. ELLSTRAND, «Pollen as a vehicle for escape of engineered genes?», *Trends in biotechnology*, vol. 6, 1988, S. 27.

66. Sur les taux de mutation naturelle voir: J. SOKATCH, «Basic bacteriology and genetics», N.Y., 1976, pp. 118-120.

67. Sur les théories néo-darwinienne: J. RUFFIE, *De la biologie à la culture*, Flammarion, Paris, 1983, t. I, pp. 50 et suiv. Sur les critiques adressées au néo-darwinisme, *id.*, pp. 177 et suiv. Pour les critiques plus radicales: C. TRESMONTANT, *Comment se pose aujourd'hui le problème de l'existence de Dieu*, Seuil, Paris, 1966, pp. 7 et suiv.

quées soit mécaniquement (par des radiations ionisantes par exemple), soit chimiquement⁶⁸.

La mutagénèse provoquée tend à faire apparaître de nouvelles formes vivantes qui n'auraient pas spontanément surgi, parmi lesquelles on escompte sélectionner des souches présentant des caractères souhaitables.

Le matériel génétique peut également fusionner avec d'autres matériels héréditaires pour donner des résultats inattendus qui s'expliquent par la complexité des phénomènes en jeu. Enfin, le matériel génétique est une chose éminemment périssable, le caractère éphémère du vivant trouve précisément son accomplissement et sa limite dans le phénomène de la génération.

- b) Ces caractéristiques suscitent de délicates difficultés juridiques. D'un point de vue strictement contractuel, des problèmes d'identification vont se poser. Si un matériel licencié mute et ne peut plus être restitué sous son aspect originel au donneur de licence au terme du contrat, le licencié sera-t-il considéré comme fautif? Le donneur de licence sera-t-il obligé d'accorder une garantie en cas de mutation imprévue du matériel, rendant ce dernier impropre à l'usage auquel on le destinait?⁶⁹

Pareillement, lorsque le matériel périt, devra-t-il être remplacé? La question est particulièrement aiguë dans le cadre du dépôt de matériel vivant auprès d'une autorité de Dépôt international sous la Convention de Budapest⁷⁰.

Les règles adoptées par l'Office des brevets américains à compter du 1^{er} janvier 1990 permettent le remplacement d'un matériel non viable, comme le dépôt supplémentaire lorsque le matériel ne «fonctionne» pas correctement⁷¹.

Mais le problème de l'appropriation des matériels dérivés ou mutés reste essentiel. La pratique contractuelle a dégagé deux paramètres permettant de résoudre cette difficulté: la considération de l'importance de la mutation subie et les circonstances dans lesquelles elle survient. Les praticiens considèrent habituellement que les mutations mineures

68. Sur l'ensemble de cette question: J.-C. GALLOUX, thèse précitée note 2, pp. 398 et suiv.

69. Sur ces questions, voir: E. MACMAHON et B. W. GRAY, *op. cit.*, note 11.

70. Voir: Comité d'experts de l'OMPI, Biot/CE/IV/2, p. 61; article 6-2 du Traité.

71. Voir: C. VAN DORN, «Biotechnology patenting; new rules and issues relating to deposits of biological materials», *Biotech. Patent Conference*, Washington, mai 1990.

affectant un matériel vivant ne modifient pas l'identité de celui-ci au point de l'affranchir du lien privatif initial⁷². Reste cependant à déterminer la limite au delà de laquelle la mutation donnera naissance à un matériel trop dissemblable au matériel originel pour qu'il tombe dans le champ du droit attaché à ce dernier. Un matériel biologique s'appropriant en raison des caractéristiques techniques utiles ou rares qu'il présente, on considérera que seront pareillement appropriés les matériels mutés ou dérivés qui présentent les mêmes caractéristiques essentielles⁷³. La solution retenue s'exprime selon les clauses suivantes: «material... including any genetically engineered modifications which is substantially based on and incorporates an essential element of the material...». Cependant, ces clauses nécessairement floues exposent le droit revendiqué au risque des contestations. Comme le notent KELLY et JAWORSKI: «The goal of such efforts is to balance two competing equities»⁷⁴. En cette matière, comme en bien d'autres, la propriété va moins se fonder sur des considérations philosophiques que sur une justification économique. Le fait de s'approprier un matériel biologique avec toutes les variations possible dont il peut se trouver affecté, confère au titulaire du droit un monopole beaucoup trop important, sans mesure avec le pouvoir initial qu'il détient immédiatement sur la chose. La Cour de justice des communautés européennes a statué en ce sens dans une hypothèse voisine, en se fondant sur des dispositions relatives au droit de la concurrence⁷⁵.

Le licencié d'une variété florale protégée par un certificat d'obtention végétale ayant découvert et revendiqué une nouvelle variété issue de celle qu'il cultivait sous licence, se voyait opposer une clause contractuelle selon laquelle toutes les mutations affectant la variété donnée en licence resteraient la propriété du donneur de licence. Cette clause a été jugée contraire à l'article 85 du Traité de Rome. Il semble, en revanche, que la reconnaissance d'une copropriété entre l'inventeur de la variété nouvelle et le propriétaire du matériel de départ ne soit pas prohibée^{75a}. La limite ainsi apportée à la propriété «biologique» ou «génétique» va dans le sens d'une reconnaissance du caractère «inappropriable» des caractéristiques primaires du vivant, sa variabilité en particulier. Cette

72. En ce sens: P. KELLY et E.G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, p. 25.

73. Voir par exemple: J. WOODLEY, *loc. cit.*, note 52, p. 131.

74. *Id.*

75. MEILLAND, J.O.C.E., n° L 369, du 31 décembre 1985, décision de la Commission du 13 décembre 1985, *Revue trimestrielle du droit européen*, 1987, n° 3, pp. 322-328.

75a. Sur cette question, voir les commentaires de la décision précitée par M. GOYER dans *Le droit du génie génétique végétal* sous la direction de M.A. HERMITTE, Litec, 1987, pp. 243 et suiv.

prohibition assure en outre un accès plus large aux ressources offertes par le vivant.

L'article 14-4 de la Convention UPOV, dans sa nouvelle rédaction issue de la révision du 19 mars 1991, étend désormais les droits de l'obteneur «aux variétés essentiellement dérivées de la variété protégée» et à celles «qui ne se distinguent pas nettement de la variété protégée»^{75b}.

La fusion ou la combinaison de deux matériels biologiques ne pose pas de problèmes juridiques moins complexes, lorsque les matériels fusionnés ou combinés appartiennent à deux propriétaires différents. Si le droit de brevet, ayant pour objet une séquence génétique dirigeant la synthèse d'une protéine particulière, subsiste généralement quel que soit le matériel dans lequel cette séquence pourra se trouver incorporée et s'exprimera, il peut en être différemment du droit portant sur les matériels biologiques appréhendés sous leur aspect corporel. Dans ce cas, ne faut-il pas recourir aux mécanismes traditionnels de l'accession mobilière réglementée par les articles 56 et suivants du *Code civil*⁷⁶, afin de connaître le propriétaire de l'entité nouvellement constituée? La propriété des produits issus de celle-ci n'est pas mieux fondée.

Pour éviter ces délicates discussions, la pratique tend à prohiber contractuellement la combinaison ou la fusion des matériels génétiques dans le cadre des licences: soit d'une façon spécifique, par l'édition de clauses prévoyant une «prohibition against comingling»⁷⁷, soit par le biais d'une définition précise et restrictive des utilisations du matériel biologique licencié⁷⁸. Il reste que l'usage des matériels lors des phases expérimentales demeure en principe admis et peut offrir au licencié une excuse s'il venait à tenter de combiner le matériel licencié avec un autre⁷⁹. Les techniques contractuelles peuvent prévenir les combinaisons volontairement dirigées. Pour les combinaisons advenant au gré des vents (suite à dissémination des pollens notamment) la question reste très ouverte. Le propriétaire d'une plante transgénique rare serait-il

75b Conférence diplomatique de révision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, Projet final, Genève, 19 mars 1991, doc. DC/91/138.

76. Art. 413 du *Code civil du Bas Canada*.

77. En ce sens, W. N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, p. 314; E. MACMAHON et GRAY, *loc. cit.*, note 11.

78. Voir: W. KIRN, *loc. cit.*, note 11, pp. 314-315.

79. Dans le domaine des biotechnologies, l'usage à des fins de recherches des matériels brevetés paraît très restrictivement admis; voir: I. N. FEIT, «Biotechnology research and the experimental use exception to patent infringement», *JPTOS*, 1989, p. 8190.

copropriétaire de la plante hybride née d'une fécondation de hasard dans le fond de son voisin?

En tout état de cause, il est peu compatible avec le droit commun de la vente dans les pays de droit civil d'assortir les contrats de cession de matériels biologiques de restrictions à l'usage futur de l'objet cédé, identiques aux précédentes.

B - LES PROPRIÉTÉS JURIDIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES

La propriété biologique, ou propriété des matériels biologiques, n'existe pas en soi comme catégorie juridique particulière. L'appropriation des matériels biologiques ou génétiques s'exprime sur divers modes juridiques traditionnels, mais les droits conférés présentent des contours que dessinent les spécificités de la matière vivante.

1 - LES TYPES DE PROPRIÉTÉS BIOLOGIQUES

À la nature duelle du matériel génétique ou biologique, corporelle ou incorporelle, répond un double mode d'appropriation, corporel ou incorporel. Tous les contrats examinés proclament l'existence d'une propriété sur l'ensemble des éléments, aussi bien tangibles qu'intangibles, des matériels génétiques ou biologiques visés.

La propriété corporelle classique, qualifiée tantôt de propriété biologique, tantôt de propriété tangible, porte sur les échantillons biologiques proprement dits. Elle va essentiellement régir les transferts physiques desdits matériels. Cette forme de propriété se trouve d'autant plus affirmée qu'elle ne s'accompagne pas d'une propriété incorporelle portant sur certaines informations convoyées ou révélées par le support physique. Ainsi, recourra-t-on à cette forme d'appropriation dans le cadre des échanges de matériels à des fins de recherche - hypothèse dans laquelle les supports n'ont pas encore été «déchiffrés». À côté de la propriété corporelle et parfois indépendamment d'elle, les contrats de biotechnologie confirment l'existence d'une propriété incorporelle assise sur l'information révélée ou inscrite dans les échantillons biologiques.

L'existence de deux propriétés indépendantes se conçoit dans la mesure où elles portent sur deux réalités radicalement distinctes quoique fondues dans un seul objet, et où la maîtrise des supports n'entraîne pas automatiquement

celles des informations qu'ils convoient, à défaut de la connaissance par le propriétaire de leur existence.

Les contrats de recherche ou d'échange de matériels biologiques mettent ce mécanisme dualiste bien en évidence: une partie conserve la propriété corporelle du matériel qu'elle remet à son partenaire aux fins de recherche, mais reconnaît à celui-ci la faculté de s'approprier par voie de brevet les inventions qu'il pourrait faire grâce à ce matériel. La distinction de deux modalités réaliste conforme à la nature des choses, comme aussi d'une bonne compréhension de la recherche en biotechnologie. Elle permet d'octroyer aux entreprises pionnières le contrôle de l'utilisation des matériels biologiques qu'elles ont découvert sans pour autant bloquer les recherches ultérieures sur ces mêmes matériels⁸¹. La distinction de la propriété corporelle de la propriété incorporelle permet également au donneur de licence de retenir le matériel alors même que le brevet portant sur sa technologie serait invalidé⁸². Cette division permet enfin de définir avec précision les droits respectifs des parties et d'éviter ainsi des querelles relatives à la paternité des découvertes⁸³.

L'indépendance entre deux types de propriété n'est cependant pas totale. Dans la plupart des cas, le propriétaire du matériel remis exige une contrepartie à la livraison de la chose qui prendra, selon les cas, des formes différentes. Il peut s'agir d'abord d'un droit d'accès à l'information sur les données découvertes, dans le cadre d'une stricte confidentialité. Il peut s'agir, ensuite, du droit de réviser et de bloquer toute publication scientifique préalablement à son édition. Cette précaution a pour but d'éviter que le propriétaire de l'échantillon ne se voie refuser la prise d'un brevet sur le matériel en question, en raison de l'existence d'une publication scientifique antérieure susceptible de détruire la nouveauté de l'invention⁸⁴. Lorsque la découverte accomplie par le cocontractant s'annonce brevetable, les contrats de recherche et d'échange prévoient en général que le propriétaire de l'échantillon bénéficiera d'une priorité pour négocier l'attribution d'une licence exclusive, ou qu'elle lui sera accordée à des conditions plus favorables. En dépit de ces diverses précisions, la nature juridique de

81. C'est ainsi que MONSANTO, qui avait mis au point, dès 1983, des vecteurs de transformation permettant d'insérer n'importe quelle séquence d'A.D.N. dans des chromosomes d'un nombre important de plantes, a pu, grâce à des agréments, distribuer ces vecteurs à de nombreux instituts de recherche.

82. Voir: E. MACMAHON et B.W. GRAY, *loc. cit.*, note 11.

83. L'affaire *Hoffman Laroche v. Golde* - Civ. n° 80-3601 AJZ (N.D. California) (Voir : «University and drug firm battle over billion - dollar gene», *Science*, vol. 209, 1980, pp. 1492-1494, est d'une des rares instances qui ait eu son origine dans un échange de matériel biologique).

84. Cette précaution est particulièrement utile en Europe puisqu'il n'existe pas de délai de grâce sous la convention sur le Brevet européen, à la différence de la loi américaine; sur l'ensemble de cette question voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 23, § 2.1.1.

l'appropriation réalisée ou affirmée ne se trouve pas toujours clairement indiquée.

Quel que soit le type de contrat considéré, les parties revendiquent, dans la grande majorité de ceux-ci⁸⁵, l'existence d'une propriété sur toute information susceptible d'avoir une valeur commerciale, liée au matériel biologique ou génétique considéré.

Cette réservation privative existerait même en dehors des formes juridiquement reconnues du droit de brevet ou du droit d'auteur. Sous des dénominations différentes, la même préoccupation s'exprime. Les contrats parlent alors de «intellectual property of all types, including any invention, discovery, trade secret, technology, scientific a technological development... regardless of whether subject to protection under the patent, trademark or copyright laws»; ou de «technology rights» portant sur «any presently existing technical information, know-how, process, procedure, composition, device method, formula, protocol, technique, software, design, data relating to...»; ou encore de «proprietary rights» se définissant comme «all property rights and interests of every nature owned by X in, to, or covering invention or licensed product... and include but is not limited to, inventions, ideas, data, know-how, technology, confidential information and trade secrets». Le terme «proprietary information» recouvre également la même vaste réalité. Ces techniques juridiques contractuelles ne sont pas particulières au domaine de la biotechnologie. Elles montrent le besoin d'une approche moins dogmatique de la notion de propriété et le divorce qui existe désormais entre la pratique et certaines opinions doctrinales qui refusent toujours la possibilité d'une appropriation de l'information⁸⁶. L'émergence de nouvelles formes de réservation aux côtés des droits intellectuels traditionnels, et ne se confondant pas avec eux, se trouve ici confirmée. L'émergence de nouveaux modes d'acquisition de la propriété est pareillement confirmée⁸⁷. Ainsi en sera-t-il de la découverte, c'est-à-dire de la première appréhension intellectuelle d'une chose qui préexistait, mais dont on ignorait jusqu'alors l'existence.

Cette modalité d'appropriation originale se trouve consacrée par les formules contractuelles suivantes: «X shall be entitled to ownership of any invention first conceived or discovered in the performance of the research».

85. Toutefois, dans les accords intitulés «Restricted release agreements», la question de l'appropriation du matériel prêté au cocontractant n'est pas tranchée.

86. Sur cette question voir: A. LUCAS, *Droit de l'informatique*, PUF, Paris, n^{os} 299 et suiv., pp. 347 et suiv.

87. Sur l'ensemble de cette question voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 38.

2 - LES CONTOURS DE LA PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE

La propriété biologique, telle qu'elle se trouve préfigurée par la pratique contractuelle biotechnologique, présente toutes les qualités d'une propriété véritable. Elle signifie et s'attache à préserver l'exclusivité de la relation qui lie une personne à une chose en raison de la valeur que cette dernière représente⁸⁸. Quelque protéiforme qu'elle apparaisse actuellement, l'appropriation du vivant demeure intimement conditionnée par les caractéristiques de l'objet sur lequel elle porte. Il nous apparaît même que la propriété biologique se définit par cette contrainte singulière. Ainsi, la remarquable similitude entre les mécanismes juridiques employés dans les contrats examinés et les mécanismes juridiques qui viennent amender les structures du droit de brevet, dévoilés notamment par la jurisprudence et les réformes en cours quant à la portée de la réservation conférée⁸⁹, s'explique-t-elle aisément.

Les deux formes d'appropriation fonctionnent parallèlement dans la mesure où elles sont toutes deux des formes possibles de la propriété biologique. Toutefois le brevet demeure pour l'instant seul consacré. Au delà de la simple similitude, il existe une indéniable complémentarité entre les prérogatives conférées par le droit de brevet et celles que la pratique contractuelle biotechnologique élabore. Elles s'appuient l'une sur l'autre et se relaient afin de donner au propriétaire de matériels biologiques ou génétiques une protection plus adéquate. Cette situation s'explique autant par la spécificité des droits en cause que par les incertitudes frappant les modalités de l'appropriation du biologique par le droit du brevet⁹⁰. Les réformes des droits de propriété industrielle relativement au vivant devraient permettre de mieux articuler la protection conférée dans le cadre de la propriété biologique.

Il reste toutefois une caractéristique de la propriété biologique largement éludée par la pratique contractuelle biotechnologique: sa durée. En effet, peut-on affirmer la perpétuité du droit sur les matériels vivants? Le temps est une dimension essentielle de la matière animée, puisque c'est contre lui qu'elle lutte, et avec lui qu'elle mute et évolue. L'invention de la réplication puis de la génération sont les remèdes que le vivant apporte à son caractère éphémère. L'adaptation vient par la suite atténuer les effets du temps qui modifie les conditions environnementales dans lesquelles l'organisme se niche. Le temps de l'inanimé est immuable, celui de l'animé est évolutif.

88. Sur les caractères premiers de la propriété, voir: E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 41a.

89. L'exemple communautaire européen est à cet égard significatif: voir *supra*. Sur l'ensemble des réformes prévus au niveau de la C.E.E., voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 23.

90. Voir: J.-C. GALLOUX, «L'appropriation du vivant: l'impérialisme du brevet» dans *Nouvelles technologies et propriété, op. cit.*, note 41a, pp. 111 et suiv.

Partant, peut-on extrapoler à l'animé la durée de la réservation que le droit prévoit pour l'inanimé?

Les systèmes juridiques connaissent des limitations temporelles aux droits, qui tiennent compte précisément de la réalité des choses et des êtres. Les «rules against perpetuities»⁹¹ en common law ou les limitations que l'on trouve çà et là dans les législations de tradition romaniste⁹², en attestent. N'a-t-on également suggéré que la vie humaine soit l'étalon de la durée de la propriété?⁹³ Dans le domaine du vivant, l'établissement d'une propriété perpétuelle se révèle illusoire, inutile et souvent dangereuse.

La reproduction des organismes vivants à une cadence très rapide, leur prolifération, peuvent rendre illusoire le concept même de propriété. Hormis les hypothèses dans lesquelles cette prolifération se trouve contrôlée⁹⁴, ce phénomène conduit à l'établissement de populations dont la taille et l'autonomie paraissent peu compatibles avec la maîtrise réelle qu'exige le droit de propriété.

Par ailleurs, la multiplication de structures vivantes initialement originales emporte une banalisation et une abondance qui ne semblent pas davantage compatibles avec le maintien ou la recherche d'une exclusivité sur ces structures. L'affirmation d'un droit perpétuel sur des matériels destinés à l'innovation dans un champ technologique soumis à un développement accéléré et donc voués à une obsolescence rapide, paraît enfin une réponse juridique inadéquate. L'expérience juridique montre que les objets technologiques sont précisément ceux que l'on protège le moins longtemps⁹⁵. Ces considérations ne sont pas étrangères au silence des contrats sur la durée des droits revendiqués sur les matériels biologiques et génétiques.

91. Sur un exposé complet: J. CRAY, *The rule against perpetuities* (1886); sur une application plus récente due aux progrès biomédicaux: George P. SMITH, *Medical aspects of cryonics: prospect for immortality*, Port Washington, N.Y., 1983, chap. 4 en particulier.

92. Par exemple, la durée de la société ne peut excéder 99 ans (art. 1838 du *Code civil français*).

93. Ce qui correspondrait à la conception originaire de la propriété: V.C.W. WESTRUP, «Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative», *R.D.H.*, 1933, p. 4.

94. Il en est ainsi des souches de microorganismes mises en cultures dans les laboratoires. Peu importe le nombre d'individus qu'elles comptent; elles sont considérées comme de véritables universalités de fait.

95. Voir pour les logiciels: 25 ans (au lieu de 50 ans pour le droit d'auteur), loi française du 3 juillet 1985; les topographies de produits semi-conducteurs: 10 années à compter du dépôt ou de la date de la première exploitation commerciale (au lieu de 20 années pour les brevets de droit commun) (art. 3 de la Loi française, n° 87-890 du 4 novembre 1987).

CONCLUSION

Les solutions juridiques peu à peu élaborées par la pratique contractuelle biotechnologique, telle qu'observée en Amérique du Nord, confirment les premières analyses doctrinales relatives au développement récent de cette technologie nouvelle. La réification du vivant et de ses structures, quelle qu'en soit l'origine biologique, et l'affirmation de leur appropriabilité a priori sont des solutions apparaissant comme s'imposant d'elles-mêmes et sont reconnues par l'ensemble du monde des praticiens.

En revanche, les modalités de l'appropriation des objets vivants demeurent encore floues. Le débat, en cette matière, reste indissociable de celui qui se développe dans d'autres champs technologiques. Les concepts en cause sont identiques dans leurs définitions comme dans leurs conséquences. Il serait prématuré de voir dans l'émergence de la propriété biologique un droit déjà façonné et incontestable. Il ne s'agit que d'une préfiguration qui nécessite encore l'apport de la jurisprudence et qui sait, du législateur, pour être transcrite définitivement dans le droit positif. En l'absence de ces apports, la pratique contractuelle biotechnologique se pose indubitablement comme l'instrument privilégié de l'élaboration du droit du vivant.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONDAMNATION DE L'ASSUREUR À PAYER À SON ASSURÉ LES
FRAIS EXTRAJUDICIAIRES ENCOURUS SUR L'ACTION EN GARANTIE
ACCUEILLIE

Auteur(s) : Mark D. BANDRAUK

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 157-171

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13383>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13383>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA CONDAMNATION DE L'ASSUREUR
À PAYER À SON ASSURÉ
LES FRAIS EXTRAJUDICIAIRES ENCOURUS
SUR L'ACTION EN GARANTIE ACCUEILLIE**

par Mark D. BANDRAUK*

Le présent article constitue une analyse approfondie des principes proposés par les autorités tant doctrinales que jurisprudentielles au sujet de la possibilité pour l'assuré de réclamer de son assureur le remboursement des frais extrajudiciaires qu'il a encourus par suite du refus de couverture de son assureur.

L'article aborde plus particulièrement le recours approprié pour l'assuré qui désire obtenir un tel dédommagement ainsi que la distinction qu'il est possible de faire entre les frais extrajudiciaires encourus par l'assuré pour se défendre à l'encontre de l'action principale et les frais extrajudiciaires qu'il a encourus sur l'action en garantie contre son assureur.

This article is intended to provide an in-depth analysis of the principles proposed both by the case law and the doctrinal authorities concerning the possibility for an insured to obtain payment from his insurer of the legal fees incurred by the former following a coverage refusal by the latter.

The article examines more specifically the proper recourse available to an insured in such a situation as well as the possible distinction to be made between the legal fees incurred by the insured in order to defend himself in the principal suit and the legal fees incurred in the warranty suit against his insurer.

*. Avocat, Fournier Demers. Les recherches concernant cet article s'arrêtent au 1er janvier 1993.

158	La condamnation de l'assureur à payer à son assuré les frais extrajudiciaires encourus sur l'action en garantie accueillie	(1992) 23 R.D.U.S.
-----	--	--------------------

SOMMAIRE

A.	La restriction des «frais et dépens» aux seuls frais judiciaires	159
B.	L'extension des «frais et dépens» aux frais extrajudiciaires	164
	CONCLUSION	173

L'existence du phénomène de l'appel en garantie en matière d'assurance est loin d'être nouveau mais les conséquences possibles pour l'assureur à la suite d'un refus de couverture injustifié à l'égard de son assuré faisaient partie, jusqu'à récemment, d'un sujet sur lequel les autorités tant doctrinales que jurisprudentielles n'avaient pas eu l'occasion de se prononcer.

Toutefois, depuis une quinzaine d'années, bon nombre de ces autorités ont émis diverses opinions sur la possibilité pour un tribunal de condamner un assureur qui avait refusé de prendre le «fait et cause» pour l'assuré, de lui payer les frais extrajudiciaires encourus par celui-ci pour se défendre, que ce soit à la suite du manquement par l'assuré de l'obligation de donner l'avis de sinistre sans délai, selon l'article 2572 C.c.B.C., ou encore dans l'hypothèse où l'assureur prétend que le sinistre n'est pas couvert d'après le libellé même des clauses de la police d'assurance.

L'assuré a commencé à réclamer des honoraires extrajudiciaires contre son assureur lorsqu'il refusait de le couvrir à la suite de l'adoption de l'article 2605 C.c.B.C. en 1974 et qui se lit ainsi:

Les frais et dépens des poursuites contre l'assuré, y compris ceux de la défense et des intérêts sur le montant de la garantie, sont à la charge de l'assureur en sus du montant des assurances.

Cette disposition a donné naissance à deux tendances que nous allons examiner, soit la restriction des «frais et dépens» aux seuls frais judiciaires et l'extension des «frais et dépens» aux frais extrajudiciaires.

A. La restriction des «frais et dépens» aux seuls frais judiciaires

L'auteur Alain Létourneau interprète de la manière suivante l'article 2605 C.c.B.c. en ce qui a trait aux «frais et dépens»:

Donc ici, la couverture recherchée n'est pas seulement l'indemnisation de toute condamnation mais inclut l'obligation pour l'assureur de prendre les faits et causes de la partie et d'assumer la défense. Ceci laisse croire que, lorsque, à l'article suivant on parle de frais et dépens, le législateur a peut-être voulu inclure les frais extrajudiciaires que l'assureur aurait encouru nécessairement, eut-il assumé la défense comme il le devait; bien entendu, si on peut prouver qu'il le devait. C'est là, évidemment une hypothèse car, comme la loi parle toujours, on doit donc donner un sens à l'article 2605 qui parle expressément de frais et dépens des poursuites contre l'assuré, ce qui ne peut certainement inclure plus que les frais taxables et parle ensuite de "ceux de la défense" qui doivent donc être de même nature

que ceux de la poursuite et, dans un tel cas, se limiterait également aux frais taxables¹.

Le professeur Didier Lluelles affirme dans le même sens:

L'assureur tenu d'assumer la défense de l'assuré doit impérativement prendre à sa charge les frais et dépens des poursuites contre l'assuré, tant en demande qu'en défense, ainsi que les intérêts (C.c. 2605: O.P.A.).

Toutefois, l'assureur ne serait pas tenu de rembourser les honoraires extrajudiciaires qu'a payés l'assuré au niveau de l'appel en garantie de l'assureur².

Pour justifier son raisonnement sur le sort des frais extrajudiciaires réclamés par l'assuré dans le cas d'un appel en garantie contre un assureur, le professeur Lluelles s'appuie sur les considérants de la cause *Paquin c. Cie d'Assurances générales de commerce*³. Dans cette affaire, le tribunal était saisi d'une action en réclamation d'honoraires extrajudiciaires à l'encontre de l'assureur qui avait refusé de prendre le fait et cause de l'assuré.

La Cour supérieure, dont le jugement a été confirmé par la Cour d'appel, avait donné raison au demandeur Paquin en accueillant son appel en garantie à l'encontre de l'assureur, l'obligeant ainsi à prendre fait et cause pour l'assuré. Le juge Gauthier invoque les motifs suivants pour justifier le rejet de l'action du demandeur:

Le demandeur en poursuivant ses assureurs par appel en garantie a exercé un droit que la loi lui accorde.

Par contre, la défenderesse en refusant de défendre le demandeur, défendeur dans la cause portant le numéro 23-475 de la Cour supérieure de Joliette et dans le dossier numéro 09-000019-73 de la Cour d'Appel, district de Montréal, a elle aussi exercé un droit. Même si la Cour supérieure, confirmée en cela par la Cour d'Appel, a décidé qu'elle avait tort, à nulle part dans la jurisprudence ne retrouve-t-on des jugements condamnant une partie à payer les frais extrajudiciaires de l'autre partie⁴.

-
1. «De l'assurance de dommages sous la nouvelle loi sur les assurances» dans *La nouvelle loi sur les assurances: profonds changements au C.C. et aux lois connexes*, Montréal, C.F.P.B.Q., 1975, pp. 141 et 142.
 2. Didier LLUELLES, *Droit des assurances - Aspects contractuels*, 2e éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1986, p. 249.
 3. [1980] C.S. 296.
 4. *Id.*, p. 297.

Notons, toutefois, que dans son dispositif, le tribunal se réfère à la police d'assurance qui spécifiait que l'obligation de l'assureur d'assumer les frais et dépens étaient limités à «tous les *frais taxés* contre l'Assuré dans telle poursuite contestée... », ce qui a possiblement influé sur sa décision.

Dans une affaire semblable, le tribunal s'est prononcé sur la réclamation d'honoraires extrajudiciaires⁵.

Dans ce litige, la compagnie d'assurance défenderesse avait refusé de prendre fait et cause pour le demandeur pour le motif que les procédures, qui avaient été intentées contre ce dernier n'entraient pas dans le cadre de la couverture offerte par la police d'assurance en question. La Cour supérieure a donné raison à la défenderesse en décidant «que les deux requêtes présentées par la Ville de Montréal-Est contre le demandeur ne l'obligeaient aucunement à prendre sa défense, car elles n'étaient pas intentées "pour un motif faisant l'objet du contrat"⁶».

Tout en arrivant à la conclusion que la compagnie d'assurance défenderesse était justifiée de refuser d'assumer la défense du demandeur, le tribunal ne se prononce pas sur la portée de l'obligation de l'assureur de payer les frais et dépens de son assuré selon l'article 2605 C.c.B.C.

Enfin, l'arrêt *Guay c. Garage DL inc.*⁷ confirme cette position.

Dans ce litige, la demanderesse avait intenté une action contre la défenderesse dans laquelle la compagnie d'assurance défenderesse en garantie avait refusé de prendre fait et cause pour l'assuré. L'inaction de la compagnie d'assurance a contraint la défenderesse à retenir les services d'un avocat pour négocier directement un règlement avec la demanderesse. Par la suite, par voie de déclaration en garantie amendée, Garage D.L. Inc. a réclamé de son assureur les honoraires extrajudiciaires encourus pour en arriver à ce règlement. C'est dans ce contexte que la demanderesse en garantie Garage DL Inc. prétendait que sa réclamation pour frais extrajudiciaires était bien fondée, et devait donc être accueillie.

Dans sa décision, le juge Boyer de la Cour du Québec se réfère à l'affaire *Paquin*⁸ et motive ainsi le rejet de la réclamation de la demanderesse en garantie:

5. *Labrosse c. Cie d'assurances générales Kansa Ltée*, [1988] R.R.A. 186 (C.S.).
6. *Id.*, p. 187.
7. [1991] R.R.A. 396 (C.Q.).
8. Précité, note 3.

Avec égards, le Tribunal ne peut partager le point de vue soutenu par la demanderesse en garantie. En refusant de prendre fait et cause, la défenderesse en garantie ne fait qu'exercer un droit que la loi lui reconnaît (articles 2585 à 2591 du Code civil). Les frais de l'action en garantie prononcés contre l'assureur sanctionneront éventuellement son refus injustifié d'assumer la défense de son assurée en outre des autres coûts prévus par l'article 2605 C.C.⁹.

En outre, le juge Boyer affirme également:

Il m'apparaît donc que ce que devait faire la demanderesse en garantie en l'instance était de voir à l'inscription et à l'audition de la cause le plus tôt possible afin de faire décider par le Tribunal des obligations de toutes les parties. Pour une raison peut-être fort valable, mais étrangère à la contestation judiciaire, la demanderesse en garantie a préféré régler elle-même la réclamation de la demanderesse. La défenderesse en garantie ne saurait être tenue en droit de payer ces dépenses auxquelles elle n'est pas obligée aux termes des articles 2604 et 2605 C.C.

Enfin, en ce qui a trait à la portion des honoraires extrajudiciaires supportés par la demanderesse pour l'appel en garantie, elle doit être compensée en principe par les honoraires judiciaires sur l'action. L'excédent demandé, le cas échéant, entre dans la catégorie des dépenses normalement encourues par tous les justiciables pour faire valoir, par ministère d'avocat, leurs droits au niveau judiciaire¹⁰.

Contrairement aux raisonnements élaborés dans les causes *Paquin*¹¹ et *Labrosse*¹², le juge Boyer fait une distinction entre les honoraires extrajudiciaires encourus par l'assuré pour se défendre et les honoraires extrajudiciaires pour appeler en garantie sa compagnie d'assurance. Cette distinction reviendra dans des décisions citées ultérieurement.

Somme toute, cette première école repose sur le principe selon lequel une partie ne pourrait se faire rembourser par la partie adverse des frais extrajudiciaires encourus pour faire valoir ses droits. Cette règle est primordiale

9. Précité, note 7, p. 397.

10. *Id.*

11. Précité, note 3.

12. Précité, note 5.

et doit l'emporter sur toute autre considération. À l'opposé, on trouve la deuxième tendance que nous allons maintenant analyser.

B. L'extension des «frais et dépens» aux frais extrajudiciaires

La première décision judiciaire qui reconnaît à l'assuré la possibilité d'obtenir des frais extrajudiciaires relève de l'affaire *Pelletier c. Prévoyants du Canada*¹³. Il s'agissait dans ce cas d'une action en remboursement des sommes payées par l'assuré à la suite de deux condamnations prononcées contre lui dans le cadre d'une action en responsabilité civile, ainsi que les frais encourus pour assumer sa défense. Le demandeur justifie sa réclamation en prétendant que la compagnie d'assurance défenderesse aurait dû intervenir dans l'action en responsabilité civile dirigée contre lui et prendre son fait et cause.

La Cour supérieure a décidé que les prétentions du demandeur étaient bien fondées et a accueilli son action contre la compagnie d'assurance. Quant aux frais réclamés par le demandeur, incluant les frais extrajudiciaires, la Cour, sans motiver sa décision, conclut ainsi:

...condamne la défenderesse à rembourser le demandeur des sommes
qu'il a dû encourir pour sa propre défense et qui s'élèvent à 1 014,00
\$...¹⁴

Notons que la compagnie d'assurance demanderesse en a appelé de cette décision et que son appel a été accueilli. La Cour d'appel a jugé que le refus de couverture invoqué par l'assureur était justifié. L'aspect des frais extrajudiciaires accordés à l'assuré en première instance n'a donc pas été analysé par la Cour d'appel.

La seconde décision, *Industries Guay Ltée c. Lessard*¹⁵, reconnaît le bien-fondé de la réclamation par l'assuré des honoraires extrajudiciaires contre son assureur à la suite du refus injustifié de couverture de celui-ci. Il s'agissait encore une fois d'une situation où l'assuré avait appelé en garantie sa compagnie d'assurance à la suite de son refus de prendre fait et cause pour lui.

13. [1974] C.S. 302; cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel de Montréal no 500-09-000 670-745 et l'appel a été accueilli le 15 décembre 1977.

14. *Id.*, p. 306.

15. [1981] C. S. 685, décision portée en appel no 200-09-000 678-810 et réglée hors cour le 20 juin 1986.

Après une analyse des clauses d'exclusion invoquées par l'assureur pour justifier son refus de couverture, le juge Dionne, étant d'avis que le refus de couverture de l'assureur était injustifié, exprime l'opinion suivante sur la réclamation des honoraires extrajudiciaires encourus par l'assurée pour se défendre:

Or, les dommages réclamés par dame Lessard étaient garantis par la police émise par Provinces-unies. Celle-ci devait prendre fait et cause pour son assurée, et, ayant fait défaut de le faire, elle devra supporter tous les frais légaux occasionnés à son assurée, y compris les frais extrajudiciaires qu'elle pourrait éventuellement être appelée à payer à ses propres procureurs. Tels frais sont, à notre avis, une conséquence directe du refus non justifié de Provinces-unies de défendre son assurée, ou de régler la poursuite intentée contre elle¹⁶.

Notons que le juge Dionne s'est appuyé sur le libellé même de la police d'assurance pour justifier, du moins en partie, son raisonnement. En effet, la police d'assurance prévoyait que l'assureur convenait «de payer tous les frais taxés contre l'assuré dans une telle poursuite, *toutes les dépenses* encourues par l'assureur (*sic*)...». Il s'ensuit que le juge Dionne a considéré que ces dépenses devaient inclure, entre autres, «les honoraires d'avocat que l'assuré se voit contraint d'encourir en vue d'obtenir, par voie légale, le respect de sa police»¹⁷.

Cependant, au lieu de condamner la compagnie d'assurance au paiement des frais extrajudiciaires, le juge a préféré réserver les recours de l'assurée du fait que la conclusion pertinente à ce sujet dans l'action en garantie de l'assurée était loin d'être claire, sans compter qu'il n'avait présenté aucune preuve du compte d'honoraires. Nous devons toutefois reconnaître que la décision du juge Dionne, quoique créant un précédent, n'est pas concluante.

Enfin, dans l'affaire *Dufour c. Charest*¹⁸, la Cour supérieure, décida que l'action en garantie de l'assuré contre son assureur était bien fondée en faisant valoir que:

La demanderesse, ainsi, en voulant obtenir que cette Cour, par son appel en garantie réamendé, condamne les défenderesses en garantie à lui rembourser tout ce qu'elle est appelée à payer à titre d'honoraires extra-judiciaires à ses procureurs, modifie la substance du recours initial et en fait une réclamation en dommages découlant d'un bris de contrat;

16. *Id.*, p. 692.

17. *Id.*

18. C.S. Québec 200-05-005877-787, le 24 novembre 1982 (J.E. 83-1).

Le Tribunal est d'avis qu'il ne peut dans ce dossier prononcer sur autre chose que sur les frais et dépens selon les articles 477 et suivants C.P.;

Mais, y a-t-il lieu de prononcer sur les dépens? La réponse est oui puisque d'une part, demande en est faite formellement et d'autre part, les défenderesses par leur défaut d'intervenir pour prendre fait et cause pour leur assurée, ont causé le recours même si parfois, le demandeur principal pourrait être condamné aux dépens d'un recours en garantie de son défendeur¹⁹;...

Dans ce jugement, le juge Laflamme discute des articles 477 et suivants du Code de procédure civile et réitère que l'obligation de défense, qui incombe à l'assureur et qui est codifiée à l'article 2604 C.c.B.C., est primordiale et par surcroît d'ordre public²⁰.

Le juge Laflamme conclut en accueillant l'action en garantie avec dépens que:

Considérant dans les circonstances que la réclamation de la demanderesse en garantie en est une en dommages pour bris de contrat;

Considérant que son recours ainsi modifie la substance de son action en garantie et doit se faire par une action directe²¹.

La règle selon laquelle la réclamation d'honoraires extrajudiciaires de l'assuré contre son assureur devrait être demandée par action directe, et non à l'occasion d'une action en garantie, semble faire la quasi-unanimité si l'on considère les types d'actions qui ont été prises pour réclamer les frais extrajudiciaires payés par l'assuré.

Ainsi, dans la cause *Kaufel Group Ltd c. Liberty Mutual Fire Insurance Co.*²², le juge Johnson devait décider à la suite de l'accueil d'une action en garantie de la demanderesse contre la défenderesse, du bien-fondé de l'action en remboursement d'honoraires extrajudiciaires intentée par l'assurée. Notons que

19. *Id.*, pp. 10 et 11 du jugement.

20. *Id.*, pp. 11 et 12 du jugement.

21. *Id.*, p. 16 du jugement.

22. [1988] R.J.Q. 2729, Jugement porté en appel no 500-09-001205-889 et au sujet de laquelle aucune décision n'a encore été rendue à ce jour.

la police d'assurance, dans cette affaire, prévoyait l'obligation pour l'assureur de défendre son assuré «at the cost of the Insurer» (aux frais de l'assureur), ce qui serait plus étendu que la notion de «frais et dépens» que l'on retrouve à l'article 2605 C.c.B.C. et dans les clauses habituelles des polices d'assurance.

Le juge Johnson analyse la théorie du professeur Lluelles, citée plus haut²³ et ajoute que:

The Court notes that the author is careful to limit the reference to extrajudicial fees to, qu'a payés l'assuré au niveau de l'appel en garantie de l'assureur. This would seem to leave open the question of the extrajudicial fees which the Insurer could incur to contest the principal action in the pleadings and at trial as distinct from those for the actual warranty proceedings themselves²⁴.

Le juge Johnson semble affirmer, à l'égard de la réclamation d'honoraires extrajudiciaires d'un assuré contre un assureur dans ce cas, qu'il y aurait possiblement lieu de distinguer entre les frais extrajudiciaires encourus par l'assuré pour se défendre contre l'action principale et les honoraires extrajudiciaires encourus par l'assuré pour appeler en garantie son assureur.

L'assureur dans cette cause invoquait en défense que le refus de couverture de l'assuré était justifié et fondé sur une interprétation raisonnable de la police d'assurance et qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée, même si cela a obligé l'assuré à encourir des frais extrajudiciaires pour se défendre dans l'action principale.

Pour rejeter l'action de la demanderesse, le juge Johnson se réfère à la notion de «proof of fault», qui présente des similitudes avec la notion de l'abus de droit:

In other words the simple failure to fulfil the obligation is not enough, it requires proof of fault. In the present case the Court considers that it is clear from the judgment dated 2 April 1985 Exhibit D-3 that there were serious questions legitimately raised by the Defendant as to whether the claim was covered under the policy. These could only be resolved by evidently quite extensive proof made at the trial and serious consideration in the judgment. In the Court's opinion the Defendant in view of these serious doubts which it raised, and there

23. D. Lluelles, *op. cit.*, note 2.

24. Précité, note 22, p. 2731.

*is nothing to suggest that it did so in bad faith, was entitled to protect itself and proceed in the way that it did...*²⁵

Ces deux dernières décisions permettent de conclure que le recours d'un assuré contre un assureur pour honoraires extrajudiciaires serait de nature contractuelle, tirant sa source du lien entre les parties au contrat d'assurance.

Survint ensuite la curieuse affaire *Paquin c. Normandin*²⁶. Il s'agissait d'une action en réclamation d'honoraires extrajudiciaires impayés intentée par une firme d'avocats contre la défenderesse à la suite de services juridiques rendus pour défendre celle-ci dans une action en responsabilité civile.

La compagnie d'assurance Groupe Commerce, qui assumait la défense de Normandin, avait refusé de prendre le fait et cause de cette dernière. Faisant face à cette réclamation d'honoraires extrajudiciaires impayés, la défenderesse Normandin appela de nouveau en garantie ses assureurs.

Par ailleurs, la défenderesse Normandin a contesté l'action des demandeurs en soulevant que le montant de la réclamation était grossièrement exagéré et qu'ils avaient en outre commis une faute professionnelle en ne demandant pas dans son action en garantie que les assureurs soient condamnés à payer non seulement les frais judiciaires, mais également les frais extrajudiciaires encourus à la suite de leur refus de prendre fait et cause pour la défenderesse Normandin. En dernier lieu, dans ce deuxième appel en garantie, intenté de nouveau contre ses assureurs, la défenderesse Normandin demandait de condamner son assureur à lui rembourser une somme additionnelle de 3 000 \$ représentant le montant des honoraires extrajudiciaires convenu avec son nouveau procureur dans la poursuite intentée contre elle par ses ex-procureurs!

La Cour du Québec devait donc disposer de deux réclamations d'honoraires extrajudiciaires, l'une étant l'objet même de l'action principale et l'autre afférente à l'action en garantie.

Après un bref survol de la jurisprudence pertinente, la Cour du Québec donne l'interprétation suivante des articles 2604 et 2605 C.c.B.C.:

Les articles 2604 et 2605 C.C. se complètent. En imposant à l'assureur l'obligation de prendre le fait et cause de son assuré et d'assumer les frais et dépens des poursuites contre lui, l'intention du législateur est de faire assumer par l'assureur les frais extrajudiciaires

25. *Id.*, p. 2732.

26. [1990] R.R.A. 509 (C.Q.).

qu'il aurait dû de toute manière assumer s'il avait pris le fait et cause de son assuré. Autrement, l'assureur pourrait trop facilement se soustraire à son obligation d'ainsi prendre le fait et cause de son assuré et se libérer d'assumer les frais de poursuites²⁷.

Par le fait même, la Cour du Québec accueillait l'action principale intentée par les demandeurs. Quant aux autres prétentions de la défenderesse Normandin, la Cour décida ce qui suit:

Le recours des demandeurs n'est donc pas prescrit et, en venant à cette conclusion, il va de soi que les demandeurs n'ont pas commis de faute en ne réclamant pas en Cour supérieure leurs frais extrajudiciaires ou en ne faisant pas une demande de réserve de recours. De toute manière, il aurait été prématuré de demander une condamnation au paiement des frais extrajudiciaires, alors qu'ils n'étaient pas liquidés. D'autre part, une réserve de recours ne saurait être attributive de droits²⁸.

Il s'agit d'un argument additionnel pour les tenants de la thèse voulant que la réclamation d'honoraires extrajudiciaires d'un assuré contre son assureur pour refus de couverture injustifié doit se faire par voie d'action directe. En effet, au moment du procès sur l'action en garantie, ces dommages ne peuvent être liquidés, étant donné que leur montant exact ne sera déterminé avec certitude que lorsque le compte d'honoraires extrajudiciaires final sera transmis à l'assuré par les procureurs dont il a retenu les services.

Enfin, concernant la réclamation d'honoraires extrajudiciaires de la défenderesse Normandin contre son assureur, la Cour du Québec en dispose ainsi:

...l'entente intervenue entre le procureur de la demanderesse en garantie et cette dernière pour un montant de 3 000 \$ à titre de frais extrajudiciaires ne saurait lier la défenderesse en garantie. Elle n'a aucune obligation contractuelle ni légale de payer cette somme. Le principe nettement établi que la partie défaillante paie les frais judiciaires et non les frais extrajudiciaires doit prévaloir en l'instance, à défaut de dispositions contraires applicables²⁹.

27. *Id.*, p. 513.

28. *Id.*, p. 514.

29. *Id.*

La Cour du Québec, du moins sur ce dernier point, rejoint l'opinion émise par le juge Boyer dans la cause *Guay*³⁰ citée plus haut.

Enfin on retrouve, dans le même sens, une décision récente³¹ dans laquelle le juge Pagé de la Cour du Québec devait statuer sur une action en réclamation des frais engagés par l'assurée pour assurer sa défense à la suite du refus de couverture que lui opposait son assureur. Le refus de couverture a été jugé mal fondé par la Cour supérieure qui était saisi du dossier à l'époque.

Tout en reconnaissant que la jurisprudence était contradictoire sur la possibilité de condamner un assureur aux honoraires extrajudiciaires de son assuré dans un tel cas, le juge arrive à la conclusion que l'action de l'assurée devait être accueillie pour les motifs suivants:

Après analyse des faits présentés en preuve, de la jurisprudence et de l'argument des procureurs, la Cour en vient à la conclusion que l'assureur a commis une faute, une erreur, en refusant à tort de défendre l'assurée. Prendre en charge la défense de l'assurée implique souvent des frais extrajudiciaires et cela s'est produit dans la défense à l'action présentée contre l'assureur en Cour Supérieure, (pièce P-4, copie du jugement dans ce dossier). L'assureur en est responsable³².

Notons que le juge Pagé a condamné la compagnie d'assurance défenderesse aux frais extrajudiciaires en plus des frais d'expertise encourus par l'assurée pour présenter une défense convenable.

Mentionnons également que le juge Pagé spécifie clairement que le montant de la condamnation à l'égard de l'assureur comprend autant les frais extrajudiciaires encourus par l'assurée pour se défendre sur l'action principale que ceux encourus par l'assurée pour appeler en garantie l'assureur³³. Somme toute, il ne distingue plus entre ces deux catégories de frais extrajudiciaires.

Enfin, le juge Pagé soulève l'élément de la «faute prouvée» eu égard à l'assureur que le juge Johnson avait déjà invoqué dans l'affaire *Kaufel Group Limited*³⁴ précédemment citée.

30. Précité, note 7.

31. *St-Nicéphore (Corp. municipale de) c. Laurentienne générale (La), compagnie d'assurances inc.*, [1992] R.R.A. 760 (C.Q.).

32. *Id.*, p. 763.

33. *Id.*, p. 762.

34. Précité, note 22.

Cette approche rejoint en quelque sorte la théorie du professeur Jean-Guy Bergeron qui écrit:

Quant aux frais extrajudiciaires la question est plus délicate. La coutume veut que chaque partie assume de tels frais. Dans le contexte de l'assurance de responsabilité, nous pensons que cette coutume n'a plus sa place. En effet, n'est-il pas anormal que l'assuré paie de tel frais alors qu'on lui a représenté qu'il n'y aurait aucuns frais et dépens à payer? Habituellement, on retrouve même une clause par laquelle on dégage l'assuré de toute contribution financière. Du moins faudrait-il faire supporter les frais et dépens à l'assureur si son refus de défendre constitue un abus de droit³⁵.

CONCLUSION

À la lumière de ces hésitations jurisprudentielles, on réalise que le débat est loin d'être terminé, d'autant plus que les réclamations en matière d'assurance, donnant lieu inévitablement à des actions en garantie intentées par les assurés contre les assureurs, ne cessent d'augmenter.

Il est difficile de concilier les deux courants de pensée dont nous venons de faire état. Il ressort, toutefois, de notre analyse de la jurisprudence et de la doctrine que le recours de l'assuré désirant réclamer de son assureur les frais extrajudiciaires qu'il a encourus à la suite du refus de couverture de son assureur, doit s'exercer au moyen d'une action directe, de nature contractuelle, et ce, seulement lorsque le sort du refus de l'assureur de prendre fait et cause aura été clairement déterminé par jugement.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que, d'un point de vue strictement juridique, la distinction entre les honoraires extrajudiciaires encourus par l'assuré pour se défendre sur l'action principale et les frais extrajudiciaires encourus par lui pour appeler en garantie son assureur reste la solution acceptable.

En effet, si le tribunal détermine que le refus de l'assureur de prendre fait et cause pour l'assuré n'était pas justifié, on devrait tout au plus condamner l'assureur aux seuls frais qu'il s'est engagé à couvrir en vertu de la police d'assurance et ce, en conformité avec l'article 2605 C.c.B.C., soit les frais judiciaires et extrajudiciaires engagés pour défendre l'assuré à l'encontre de l'action principale.

35. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 2, Sherbrooke, Les Éditions SEM inc., 1992, p. 417.

En ce qui a trait aux frais extrajudiciaires encourus par l'assuré pour appeler en garantie son assureur, nous ne voyons pas comment l'assureur pourrait y être condamné. En effet, l'action en garantie constitue en elle-même un procès distinct de l'action principale, d'après les articles 216 C. et suivants, et demeure le recours approprié de l'assuré qui désire faire valoir ses droits à l'égard de son assureur. Dès lors, le principe général obligeant qu'une partie assume ses propres frais extrajudiciaires lorsqu'elle cherche à faire valoir ses droits, doit être respecté.

En dernier lieu, il faut souhaiter que la Cour d'appel soit bientôt saisie d'un litige portant principalement sur les frais extrajudiciaires réclamés d'un assureur ayant refusé de prendre «fait et cause» pour l'assuré et espérer qu'elle proposera une solution claire et motivée.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DES PRIVILÈGES AUX PRIORITÉS : PLUS QU'UN CHANGEMENT DE VOCABULAIRE

Auteur(s) : Denise PRATTE

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 175-187

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13384>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13384>

Page vide laissée intentionnellement.

**DES PRIVILÈGES AUX PRIORITÉS :
PLUS QU'UN CHANGEMENT DE VOCABULAIRE**

par Denise PRATTE*

Le législateur a laissé tomber la notion de privilège dans le nouveau Code civil du Québec, pour adopter celle de priorité. À première vue, on pourrait croire à un changement de vocabulaire seulement. Pourtant, il n'en est rien car les deux concepts sont totalement différents. Cette étude vise donc à mettre en lumière les différences fondamentales qui distinguent les privilèges des priorités et à souligner certains problèmes relatifs à la mauvaise intégration du concept de priorité dans l'ensemble du Code civil.

In adopting the new Civil Code of Québec, the National Assembly set aside the notion of «privilege» and replaced it with that of «prior claim». At first blush, one would be led to believe that this is merely a change in terminology. However this is far from being the case since these two concepts are totally different. The writer seeks to bring out the fundamental differences which distinguish privileges from prior claims and to emphasize certain problems which can result from the awkward integration of the concept of prior claim into the corpus of the Code.

*, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	177
I - DIFFÉRENCES ENTRE LES PRIVILÈGES ET LES PRIORITÉS	178
A - Caractère de ces sûretés	178
B - Recours	180
II - PROBLÈMES RELATIFS AU NOUVEAU CARACTÈRE DES PRIORITÉS	181
A - Caractère indivisible des priorités	181
1 - Lors de la division de l'assiette	182
2 - Lors de la division de l'obligation	184
B - Certains droits conférés aux créanciers prioritaires	185
1 - Lors d'une vente d'entreprise	185
2 - Lors de l'exercice de recours hypothécaires	188
CONCLUSION	189

INTRODUCTION

Les privilèges prévus aux *Code civil du Bas-Canada*¹ ainsi que dans les lois particulières se sont multipliés au cours des années. C'est pourquoi l'Office de révision du Code civil² proposait en 1977 une réforme en profondeur dans ce domaine. Après avoir examiné la situation globale et historique des anciens privilèges et les avoir passé en revue un à un, il recommandait l'abolition de l'ensemble des privilèges, jugeant ceux-ci discriminatoires et injustifiés de nos jours³. Cette proposition n'a pas été retenue par le législateur qui a prévu à l'article 2651 du nouveau Code civil⁴ cinq priorités pour des motifs d'intérêt public et d'équité⁵. De plus, certains anciens privilèges ont été transformés en hypothèques légales⁶, tel que le prévoit l'article 2724 du *Code civil du Québec*. Les priorités retenues par le législateur visent les créances pour frais de justice et dépenses faites dans l'intérêt commun, celle du vendeur impayé pour le prix du meuble vendu à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise, celle du rétenteur, les créances fiscales de l'État et celles des municipalités et des commissions scolaires pour leurs impôts fonciers.

Bien que la diminution du nombre de sûretés légales représente un changement par rapport à l'ancien droit, la transformation des privilèges en priorités représente une innovation encore plus fondamentale. On serait tenté de croire que le législateur n'a effectué sur cette question qu'un changement de vocabulaire. Or, il n'en n'est rien. Les nouvelles priorités sont des sûretés légales totalement différentes des anciens privilèges.

Nous étudierons donc dans ce texte, dans un premier temps, les différences entre les privilèges et les priorités, en ce qui a trait au caractère de ces sûretés et aux recours qu'ils confèrent. Dans un deuxième temps, nous examinerons certains problèmes relatifs au nouveau concept, reliés au caractère indivisible des priorités et à certains droits qu'elles confèrent.

1. Aux articles 1994 et suiv. et 2009 C.c.B.-C.

2. Ci-après : O.R.C.C.

3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, t.1, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978, pp. 356 et suiv.

4. *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64 [ci-après : *Code civil du Québec*, C.c.Q. ou nouveau Code civil].

5. G. RÉMILLARD, *Mémoire au conseil des ministres*, Partie accessible au public, Québec, 15 octobre 1990, p. 41; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère de la Justice, *Projet de loi 125 : Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre VI : Des priorités et des hypothèques*, Québec, 1991, art. 2637; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Projet de loi 125 : Code civil du Québec - Amendement*, Québec, 1991, amendement 981, art. 2637.

6. Sur les nouvelles hypothèques légales, voir : Denise PRATTE, «La création de l'hypothèque légale immobilière», (1992) 23 R.G.D. 385.

I - DIFFÉRENCES ENTRE LES PRIVILÈGES ET LES PRIORITÉS

Les privilèges et les priorités se distinguent, entre autres, par leur caractère et par les recours qu'ils confèrent.

A - Caractère de ces sûretés

Les privilèges sont définis à l'article 1983 C.c.B.-C. comme «le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de sa créance». Le nouvel article 2650 C.c.Q. définit pour sa part les créances prioritaires en ces termes :

2650. Est prioritaire la créance à laquelle la loi attache, en faveur d'un créancier, le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, suivant la cause de sa créance.

Cet article définit la créance prioritaire ainsi que la priorité. La créance prioritaire est la créance à laquelle la loi accorde une priorité. Celle-ci est le droit de préférence accordé par la loi, suivant la cause de la créance.

Devant la similitude de ces définitions, on pourrait conclure que les privilèges et les priorités sont des sûretés de même nature. Pourtant, cette conclusion serait fautive. En effet, on attribue aux privilèges du *Code civil du Bas-Canada* un caractère réel. Ainsi, en matière immobilière, il ne fait aucun doute que les privilèges sont des droits réels conférant un lien direct avec la chose et, par conséquent, un droit de suite, tel que le prévoit l'article 2056 C.c.B.-C. Les privilèges immobiliers donnent aux créanciers privilégiés les mêmes droits et recours que ceux conférés aux créanciers hypothécaires aux articles 2053 et suiv. C.c.B.-C. Pour ce qui est des privilèges mobiliers, qui ne sauraient en principe conférer un droit de suite, la doctrine est partagée sur leur caractère réel⁷.

Le nouveau concept de priorité, tout comme l'indique l'article 2650 C.c.Q. qui le définit, est un droit d'être préféré aux autres créanciers. Cette définition reflète exactement ce qu'est une priorité, soit un simple rang prioritaire qui s'exerce lors de la réalisation des biens visés par la priorité. Celle-ci n'accorde aucun autre droit. Elle ne confère pas un droit réel dans la chose. Celle-ci n'est pas affectée ou grevée par la priorité, la chose n'en n'est pas l'objet,

7. Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, Collection Mémentos Thémis, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1987, p. 221; Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, 6^e éd., par Véronique RANOUIL et François CHABAS, «Sûretés - Publicité foncière», Paris, Montchrestien, 1988, n° 141, p. 163 [ci-après : MAZEAUD]. Considérant la nature incertaine des privilèges mobiliers, la distinction faite dans cette étude repose sur les privilèges immobiliers.

mais simplement l'assiette. La priorité s'exerce en réalité sur le prix du bien. Le créancier ne pourra pas prétendre suivre dans un autre patrimoine les biens formant l'assiette de sa priorité. Dans le Projet de loi 125⁸, plusieurs articles laissaient subsister des doutes sur la nature juridique des priorités. Le législateur a éclairci le concept de priorité lors des derniers amendements apportés au Projet de loi 125, où il a modifié les articles laissant croire faussement au caractère réel des priorités⁹. Ainsi, par exemple, l'article 2655 C.c.Q. prévoit que les créances prioritaires sont opposables aux autres créanciers sans publication, mais ne parle plus d'opposabilité aux tiers.

Les priorités ne sont donc que des accessoires de la créance, «un aspect particulier de certains droits personnels, une manière d'être de certaines créances»¹⁰. Elles se rapprochent en cela des privilèges classiques de droit romain, qui n'étaient qu'un tour de faveur donné à un créancier lors de la distribution du prix¹¹.

L'absence de caractère réel des priorités se répercute sur les recours conférés aux créanciers prioritaires.

B - Recours

L'article 2057 C.c.B.-C. confère aux privilèges immobiliers les mêmes recours qu'aux hypothèques, soit l'action hypothécaire et l'action en interruption de prescription. Ainsi, l'article 2058 C.c.B.-C. permet à ces créanciers de poursuivre tout possesseur à titre de propriétaire de l'immeuble grevé de l'hypothèque ou du privilège.

Les recours du créancier prioritaire sont prévus à l'article 2656 C.c.Q. :

2656. Outre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile, les créanciers prioritaires peuvent, pour faire valoir et réaliser leur priorité, exercer les recours que leur confère la loi.

Ainsi, le recours principal du créancier prioritaire demeure l'action personnelle, puisque sa priorité n'est qu'un renforcement de sa créance. Les

8. *Code civil du Québec*, Projet de loi 125, (présentation le 18 décembre 1990), 1^{ère} session, 34^e législature (Québec) [ci-après *Projet de loi 125*].

9. Voir les amendements apportés aux articles 2638, 2641, 2643, 2766, 2774, 2776, 2779 et 2783 du *Projet de loi 125*, où le législateur explique que les changements apportés visent à préciser que les priorités ne sont pas des droits réels et qu'elles ne confèrent aucun droit de suite.

10. Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 7, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1957, n^o 11, p. 18.

11. MAZEAUD, *op. cit.*, note 7, n^o 132, p. 154.

recours en faveur des créanciers hypothécaires prévus aux articles 2748 et suiv. C.c.Q. ne sont pas ouverts aux créanciers prioritaires. Le créancier prioritaire devra se contenter d'obtenir jugement, comme tout autre créancier chirographaire, et d'exécuter son jugement sur les biens de son débiteur. Si parmi ces biens, on retrouve le ou les biens formant l'assiette de la priorité du créancier, celui-ci pourra invoquer son rang prioritaire. Dans le cas contraire, le créancier sera traité comme les autres créanciers chirographaires.

Bref, on voit que la nouvelle nature juridique conférée aux priorités affaiblit les recours du créancier prioritaire. Ainsi, bien que le législateur ne se soit pas plié à la demande d'abolition de tous les privilèges, il a tout de même proposé un compromis, en affaiblissant les priorités conservées.

La nouvelle nature attribuée aux priorités ne va pas sans causer des problèmes. C'est ce que nous examinerons dans la deuxième partie de cette étude.

II - PROBLÈMES RELATIFS AU NOUVEAU CARACTÈRE DES PRIORITÉS

Le législateur, bien qu'ayant affirmé que les priorités ne confèrent aucun droit réel, n'a pas tout à fait intégré cette nouvelle réalité. Ainsi, certains articles du *Code civil du Québec* s'adaptent mal avec le nouveau caractère des priorités. Nous nous contenterons de donner quelques exemples de ce manque d'intégration. Premièrement, nous traiterons des problèmes relatifs au caractère indivisible des priorités. Deuxièmement, nous traiterons des difficultés posées par certains droits accordés aux créanciers prioritaires.

A - Caractère indivisible des priorités

L'article 2650 al. 2 C.c.Q. prévoit que la priorité est indivisible. On rattache généralement le caractère indivisible des sûretés à leur caractère réel¹². C'est parce qu'elle est un droit réel, qui grève une chose dans sa totalité, qu'une sûreté est indivisible. Toutefois, une certaine doctrine accorde le caractère indivisible à des sûretés qui ne donnent aucun droit de suite et, par conséquent, ne sont pas des droits réels. Elle considère qu'une sûreté peut être qualifiée de réelle, en ce qu'elle affecte une ou plusieurs choses à son paiement, sans pour autant être un droit réel¹³. On reconnaît également que le caractère indivisible est réservé aux sûretés spéciales, c'est-à-dire à celles qui grèvent des biens

12. MAZEAUD, *op. cit.*, note 7, n° 137, p. 159; Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 1990, n° 521, p. 404.

13. Alex WEILL, *Les sûretés - La publicité foncière*, Paris, Dalloz, 1979, n° 152, p. 151.

particuliers. Une sûreté générale, portant sur l'ensemble des biens du débiteur, ne saurait être indivisible suivant la doctrine¹⁴.

Comme nous l'avons vu précédemment, le législateur n'a pas souhaité faire des priorités des droits réels. De plus, nous avons conclu que les priorités n'étaient que des tours de faveur, des renforcements de la créance. Dans cette logique, le législateur n'aurait pas dû attribuer aux priorités un caractère indivisible. Tout au plus, il aurait pu attribuer ce caractère aux seules priorités spéciales, qui pourraient à la limite être qualifiées de sûretés réelles, en ce qu'elles ont comme assiette des biens particuliers. Puisqu'il en est autrement, nous nous devons d'interpréter le caractère indivisible conféré aux priorités par le deuxième alinéa de l'article 2650 C.c.Q. Celui-ci ne saurait certainement pas avoir les mêmes conséquences généralement attribuées en matière de droit réel indivisible accordant un droit de suite¹⁵. Nous devons également distinguer les effets de l'indivisibilité sur les priorités spéciales, de ceux produits sur les priorités générales.

On peut examiner les conséquences de l'indivisibilité suivant deux situations, soit lors de la division de l'assiette et lors de la division de l'obligation.

1 - Lors de la division de l'assiette

Une première conséquence de l'indivisibilité d'une sûreté est de porter sur la chose toute entière et sur toutes ses parties. Ainsi, en matière de priorité spéciale dont l'assiette est une chose en particulier, il en résulte que même si ce bien se divise, la priorité portera sur chaque fraction pour la totalité de la dette. Toutefois, considérant que la priorité n'est pas un droit réel conférant droit de suite, l'aliénation d'une des fractions mettra fin à la priorité sur celle-ci. La priorité pourra s'exercer, pour le plein montant de la créance, sur la fraction demeurée dans le patrimoine du débiteur seulement.

Une exception au principe de l'indivisibilité de la priorité lors de la division de son assiette est prévue à l'article 1051 C.c.Q. Cet article, traitant de la copropriété divise, prévoit la division du montant de la priorité lors de l'inscription de la déclaration de copropriété¹⁶. Toutefois, cette division de la priorité ne saurait s'appliquer que sur les fractions demeurées dans le patrimoine

14. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 10, n° 28bis, p. 32; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, note 12, n° 521, p. 404.

15. Voir l'article 2662 C.c.Q., concernant l'indivisibilité de l'hypothèque.

16. L'article 1788 C.c.Q. prévoit l'obligation pour le vendeur d'une fraction de copropriété divise de fournir une note d'information à l'acheteur. Cette note doit contenir un budget prévisionnel indiquant, entre autres, les impôts fonciers susceptibles d'être dus, suivant l'article 1791 al. 2 C.c.Q.

du débiteur du créancier prioritaire. Nous croyons que l'article 1051 C.c.Q. ne peut être interprété comme une exception à l'absence de droit de suite des priorités. Si telle était la volonté du législateur, il aurait dû le dire beaucoup plus explicitement, les priorités étant d'interprétation restrictive. De plus, l'exception ne vaudrait que pour ceux qui ont acquis une fraction de l'immeuble avant l'inscription de la déclaration de copropriété. Ceux qui acquerraient leur fraction après l'inscription, prendraient leur immeuble libre des priorités existantes avant l'aliénation. Nous croyons que le moment de l'achat de la fraction de l'immeuble, soit avant ou après l'inscription de la déclaration de copropriété, ne peut justifier un traitement différent des nouveaux acquéreurs. Considérant l'absence de droit de suite des priorités, toute aliénation entraîne la disparition de celles-ci.

Bref, sauf l'exception de l'article 1051 C.c.Q., les priorités spéciales sont indivisibles lors de la division de la chose formant leur assiette. Toutefois, si la division implique l'aliénation d'une partie de la chose, l'absence de droit de suite ne permettra pas d'exercer la priorité sur la fraction du bien sortie du patrimoine du débiteur.

Quant aux priorités générales, comme elles affectent l'ensemble des biens du débiteur ou l'ensemble de ses biens meubles, la division des biens n'affecte en rien ces priorités puisque les fractions obtenues seront également comprises dans l'assiette générale de celles-ci. Le concept d'indivisibilité n'est donc aucunement utile dans ce cas. Toutefois, l'indivisibilité de la priorité générale implique que celle-ci peut s'exercer sur tout élément de l'actif du patrimoine pour la totalité de la somme qu'elle garantit. Le choix du ou des biens sur lesquels la priorité s'exercera appartient au créancier prioritaire. Ainsi, par exemple, un créancier titulaire d'une hypothèque sur un bien ne pourrait exiger du créancier prioritaire qu'il réalise sa priorité sur un autre bien ou qu'il la divise, afin de protéger sa garantie hypothécaire.

2 - Lors de la division de l'obligation

L'obligation est en principe divisible, en vertu de l'article 1519 C.c.Q. Ainsi, lors du décès du débiteur elle pourra être divisée entre les héritiers du débiteur, si la dette n'est pas payée par le liquidateur¹⁷, en vertu des articles 823 al. 2 et 827 al. 2 C.c.Q. Lorsque nous sommes en présence d'un droit réel, comme l'hypothèque, on enseigne que l'indivisibilité du droit réel obvie à la division de la dette. Ainsi, l'héritier qui reçoit le bien grevé de l'hypothèque est tenu personnellement seulement pour sa part de la dette, vu la division de celle-ci, mais hypothécairement pour toute la dette, puisque l'hypothèque est

17. Voir l'article 812 C.c.Q., où l'on prévoit le respect du rang des créanciers prioritaires par le liquidateur.

indivisible¹⁸. L'indivisibilité des priorités, établie à l'article 2650 C.c.Q., ne saurait produire ces effets, puisqu'elles ne sont pas des droits réels conférant droit de suite. Ainsi, s'il y a division de la dette entre les différents héritiers, chacun ne sera tenu que pour sa part malgré qu'un ou plusieurs des biens du patrimoine du défunt formant l'assiette de la priorité soient maintenant dans son patrimoine.

L'obligation peut également se diviser lors du décès du créancier. Chaque héritier ou légataire sera créancier d'une partie de la créance, suivant l'article 1522 C.c.Q. L'indivisibilité de la priorité joue à cet égard pour permettre à chaque créancier d'exécuter sa part de créance prioritaire sur la totalité du ou des biens formant l'assiette de la priorité. Dans ce cas, l'absence de caractère réel de la priorité n'empêche pas l'indivisibilité de jouer son rôle, puisqu'il ne s'agit pas de suivre le bien dans un autre patrimoine. Ici, c'est plutôt la créance qui change de patrimoine.

Une autre conséquence de l'indivisibilité des priorités réside dans le fait que la priorité continuera à valoir tant que la créance n'aura pas été payée entièrement. Un paiement partiel ne saurait affecter la priorité du créancier qui continuera de valoir sur le ou les biens qui en constituent l'assiette.

Après avoir étudié les problèmes reliés à l'indivisibilité des priorités, il convient de donner quelques exemples de difficultés reliées à certains droits conférés aux créanciers prioritaires.

B - Certains droits conférés aux créanciers prioritaires

Le législateur a prévu certains droits en faveur des créanciers prioritaires qui s'harmonisent mal avec leur nouveau caractère. Il en est ainsi, par exemple, lors de la vente d'une entreprise et lors de l'exercice par un créancier hypothécaire de ses recours.

1 - Lors d'une vente d'entreprise

Lorsque l'ensemble ou une partie substantielle d'une entreprise est vendue, l'acheteur est tenu de se conformer aux formalités des articles 1767 et suiv. C.c.Q. Le créancier prioritaire a le droit d'être avisé de la vente, avant que l'acheteur ne se départisse du prix, en vertu de l'article 1769 C.c.Q. Toutefois, si le prix est suffisant pour payer tous les créanciers, l'avis ne sera pas nécessaire, mais l'acheteur devra payer tous les créanciers, en vertu de l'article 1770 C.c.Q.

18. Voir l'article 818 C.c.Q.

L'article 1775 al. 1 C.c.Q. prévoit que lorsque l'acheteur a suivi les formalités, les créanciers du vendeur ne peuvent exercer leurs droits et recours contre lui ou contre les biens vendus. L'alinéa 2 du même article permet néanmoins aux créanciers prioritaires ou hypothécaires d'exercer les recours que la loi leur accorde s'ils n'ont pas participé à la distribution ou n'y ont participé que partiellement. En conséquence, le créancier hypothécaire, qui bénéficie d'un droit de suite, pourra exercer ses recours hypothécaires contre les biens grevés de son hypothèque, bien qu'ils soient rendus dans le patrimoine de l'acheteur. Cela constitue une exception à l'alinéa 1 de l'article 1775 C.c.Q., qui prévoit l'absence de recours contre l'acheteur. Si cela s'explique facilement en matière hypothécaire, où le créancier bénéficie d'un droit réel lui conférant un droit de suite, il en va autrement pour les priorités.

Considérant l'absence de droit de suite en faveur des créanciers prioritaires, on doit se demander si le législateur a voulu créer une exception en matière de vente d'entreprise, autorisant ainsi le créancier à suivre les biens formant l'assiette de sa priorité dans le patrimoine de l'acheteur. Nous ne le croyons pas. En effet, si l'on compare le texte de l'article 1765 du Projet de loi 125, correspondant à l'article 1775 C.c.Q., on voit que le législateur prévoyait «le droit d'exercer leurs droits et recours contre les biens vendus qui sont affectés à la garantie de leurs créances». Les amendements qui ont mené au texte de l'article actuel, ont été motivés par l'absence de droit de suite en matière de priorités¹⁹. Ainsi, les créanciers prioritaires peuvent exercer seulement les droits et recours que la loi leur accorde. Comme le législateur ne prévoit aucun droit de suite en faveur des créanciers prioritaires, ceux-ci ne pourront, en conséquence, exercer aucun recours contre l'acheteur qui a suivi les formalités lors de la vente d'entreprise. Devant cette conclusion, nous devons nous demander que signifie la réserve prévue en faveur des créanciers prioritaires, à l'article 1775 al. 2 C.c.Q.

Considérant que la clarification de la nature juridique des priorités n'a été faite que lors des commissions parlementaires sur le Projet de loi 125, on pourrait prétendre que la mention des créanciers prioritaires à l'alinéa 2 de l'article 1775 C.c.Q. est un vestige de cette méprise. En effet, en corrigeant l'article 1765 du Projet de loi 125, on a enlevé les termes qui attribuaient un droit de suite au créancier prioritaire, mais on a laissé l'exception en faveur de ce dernier. Toutefois, si le créancier prioritaire ne peut pas suivre le bien dans le patrimoine de l'acheteur, il conserve donc ses recours seulement contre le vendeur, ce qui est déjà prévu à l'alinéa 1 du même article. Il en résulte que la réserve de l'alinéa 2 devient inutile dans ce cas.

19. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, amendement 823, art. 1765.

On pourrait également voir dans l'exception de l'alinéa 2 une clarification apportée à l'alinéa 1, précisant que le recours du créancier prioritaire contre le vendeur ne deviendra pas chirographaire, à cause de la distribution. Ainsi, la loi permet au créancier prioritaire qui bénéficie d'une priorité générale sur les biens de son débiteur de pouvoir continuer de l'exercer. Ainsi en est-il de la priorité de l'État qui peut s'exercer sur l'ensemble des biens meubles de son débiteur. Dans le cas d'une vente d'entreprise, l'État conserverait ses recours comme créancier prioritaire sur les biens meubles demeurés dans le patrimoine du vendeur. La participation de l'État à la distribution du prix de la vente de l'entreprise ne lui fait pas perdre sa priorité contre le vendeur. Quant aux priorités spéciales, comme celle du vendeur ou des municipalités et des commissions scolaires, l'exception de l'alinéa 2 de l'article 1775 C.c.Q. ne peut pas leur être appliquée, puisque si le bien formant l'assiette de leur priorité a été aliéné dans la vente d'entreprise, la priorité s'éteindra, faute de pouvoir suivre le bien dans le patrimoine de l'acheteur. Le rétenteur, créancier prioritaire en vertu de l'article 2651(3) C.c.Q., pour sa part pourra opposer, non pas sa priorité, mais son droit de rétention à l'acheteur, en vertu de l'article 1593 C.c.Q. Cet article prévoit que le droit de rétention est opposable à tous. Ainsi, le rétenteur pourra garder le bien jusqu'à ce qu'il soit payé.

Bref, la situation du créancier prioritaire qui n'est pas payé lors d'une vente d'entreprise n'est pas modifiée par le deuxième alinéa de l'article 1775 C.c.Q. Les recours de celui-ci seront prioritaires, si le ou les biens formant l'assiette de la priorité sont demeurés dans le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire le vendeur. S'ils ont été aliénés, la priorité sera anéantie, faute de droit de suite.

L'article 1778 C.c.Q. prévoit que les ventes faites dans le cadre des droits et recours exercés par un créancier prioritaire ne sont pas soumises aux règles de la vente d'entreprise. Encore une fois, si cette exception peut être bien adaptée aux ventes faites par le créancier hypothécaire ou aux autres cas prévus à cet article, elle ne l'est pas pour le cas du créancier prioritaire. En effet, ce dernier n'ayant pas de recours pour vendre directement les biens formant l'assiette de sa priorité, il devra, faute de paiement, réaliser sa garantie par exécution forcée judiciaire. Les formalités à suivre sont alors prévues au *Code de procédure civile*, aux articles 543 et suivants. La vente sera alors faite par un officier public agissant sous l'autorité du tribunal, celui-ci étant également exempté par l'article 1778 C.c.Q., il ne sera pas tenu de suivre les formalités de la vente d'entreprise. Il devient alors inutile de prévoir une exception particulière pour le créancier prioritaire. La présence du créancier prioritaire à l'article 1778 C.c.Q. démontre également la confusion qui subsiste quant à la nature juridique de la priorité.

2 - Lors de l'exercice de recours hypothécaires

Les articles 2778 et suiv. C.c.Q. prévoient la prise en paiement par le créancier hypothécaire. Considérant l'absence de droit de suite de la priorité, il convient de se demander quels seront les droits du créancier prioritaire si le créancier hypothécaire prend en paiement le ou les biens formant l'assiette de sa priorité. Le rétenteur, appelé à délaisser le bien retenu, peut le faire à charge de sa priorité, suivant l'article 2770 C.c.Q. Dans ce cas, le créancier hypothécaire qui exerce la prise en paiement prendra le bien à charge de la priorité du rétenteur. Quant aux autres créanciers prioritaires, ils verront leur priorité s'anéantir si les biens formant l'assiette de leur priorité passent dans le patrimoine du créancier hypothécaire qui prend ces biens en paiement²⁰.

Les créanciers prioritaires qui veulent protéger leur priorité devront désintéresser le créancier hypothécaire, en remédiant à l'omission ou à la contravention du débiteur, mentionnée dans le préavis, tel que le prévoit l'article 2761 C.c.Q. Tant que le bien demeure dans le patrimoine de leur débiteur, ce qui est encore le cas entre le moment de l'inscription du préavis et l'obtention d'un titre de propriété par le créancier hypothécaire, ils pourront également procéder à une saisie-exécution²¹ ou à une saisie avant jugement des biens formant l'assiette de leur priorité²². Le créancier hypothécaire, qui désire prendre le bien en paiement, ne pourra pas s'opposer à la saisie, tel que le prévoit l'article 604 C.p.c.^{22a} Toutefois, si le créancier hypothécaire devient propriétaire du bien, en vertu d'un jugement en délaissement ou par acte volontairement consenti suivant l'article 2781 C.c.Q., avant que le bien n'ait été vendu en justice, la saisie tombera²³.

Lorsque le créancier hypothécaire décide de procéder par la vente du bien, l'article 2789 al. 1 C.c.Q. l'oblige à payer les créanciers prioritaires à même le produit de la vente. Lorsque la vente a lieu sous contrôle de justice, l'article 2793 C.c.Q. renvoie aux articles 897 et suiv. du *Code de procédure civile*²⁴

20. L'article 2766 du Projet de loi 125 prévoyait le maintien des priorités sur le bien pris en paiement, ce qui impliquait un droit de suite. L'actuel article 2783 C.c.Q. n'accorde aucun droit de suite au créancier prioritaire. Voir : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 5, amendement 571, art. 2766; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Journal des débats, Commissions parlementaires, Sous-commission des institutions*, 1^{ère} session, 34^e législature (Québec) 13 novembre 1991, SCI-829.

21. Suivant les articles 554 et suiv. C.p.c. Dans le présent texte, les renvois aux articles pertinents du C.p.c. se font, le cas échéant, aux articles tels que modifiés par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 (ci-après : L.A.R.C.).

22. Suivant l'art. 733 et l'art. 734(4) C.p.c. tel que modifié par l'art. 359 L.A.R.C.

22a. Tel que modifié par l'art. 314 L.A.R.C.

23. Jacques DESLAURIERS, *Précis de droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1990, p. 288.

24. Tels que modifiés par L.A.R.C.

concernant la vente du bien d'autrui. L'article 910 C.p.c. prévoit le paiement des créanciers prioritaires à même le produit de la vente, en référant aux articles 614, 714 et 715 C.p.c.²⁵ Considérant que les recours qui mènent à la vente du bien obligent le respect des droits des créanciers prioritaires, contrairement au recours de prise en paiement, il pourra être intéressant pour un créancier hypothécaire d'opter pour la prise en paiement dans certains cas.

CONCLUSION

Bref, nous avons voulu démontrer, d'une part, que la transformation des privilèges en priorités comporte plus qu'un simple changement de vocabulaire. Retirer le caractère réel, et par conséquent tout droit de suite, aux nouvelles priorités, les affaiblit considérablement. Ainsi, les recours des créanciers prioritaires s'en ressentent.

D'autre part, nous avons vu que le législateur avait eu des difficultés à intégrer parfaitement cette nouvelle nature des priorités dans l'ensemble des dispositions. Nous avons choisi quelques exemples qui démontrent ces problèmes d'adaptation et de cohérence. Notre étude ne prétendait absolument pas être exhaustive. Elle se voulait une réflexion préliminaire sur un changement qui valait la peine d'être souligné.

25. Tels que modifiés par les articles 318, 353 et 354 L.A.R.C.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PROTECTION DE L'EAU EN VERTU DE L'ARTICLE 982 C.C.Q. :
PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION

Auteur(s) : Charlotte LEMIEUX

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 191-200

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13385>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13385>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA PROTECTION DE L'EAU EN VERTU DE
L'ARTICLE 982 C.C.Q. :
PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION**

par Charlotte LEMIEUX*

SOMMAIRE

Introduction	193
Le filtre de l'intérêt général	194
Le rôle des tribunaux	195
Le droit à l'usage de l'eau	196
Le statut de l'eau	198
Les titulaires du recours et l'intérêt requis	199
Les personnes et les actes visés par le recours	200
Conclusion	201

*, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Introduction

Sans doute en raison de contraintes nouvelles, la tendance moderne est à l'effacement des droits individuels devant les impératifs collectifs. Le droit de propriété fait partie de ces droits dont la force s'estompe au fil des ans, et des lois particulières¹. En France, c'est vers le début de ce siècle, mais toujours au nom de l'intérêt général, qu'ont commencé à poindre les premières interventions du législateur restreignant le droit de propriété². Au Québec, la *Loi sur la protection du territoire agricole*³, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*⁴, et la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁵ ont soumis les propriétaires fonciers à l'emprise de l'intérêt collectif. Plus ancien, mais partiellement jugulé par une application assez rigoureuse, l'article 407 C.c.B.C avait fait de même, permettant l'expropriation pour cause d'utilité publique. Quant aux limites légales imposées par le *Code civil du Bas Canada*, que le nouveau code range maintenant parmi les «règles particulières à la propriété immobilière»⁶, elles participaient d'un autre esprit : fondées sur un intérêt individuel concret, immédiat, et circonscrit, elles se trouvaient atténuées, et justifiées, par leur réciprocité. Mais on peut affirmer que, jusqu'ici, c'est au nom de l'intérêt général et par des lois particulières que le droit à la libre disposition des biens a, la plupart du temps, été entamé. Et lorsque ce droit a été entamé en faveur d'intérêts particuliers, il s'agissait de restrictions symétriques, dont tous souffraient, au profit de chacun.

Dans le contexte de dirigisme économique et de protectionnisme social qui est devenu le nôtre, l'article 982 du *Code civil du Québec* pourrait sembler le bienvenu. Cet article crée un nouveau recours en faveur de tous ceux qui ont «droit à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante». Ces derniers pourront désormais exiger la

-
1. La transformation du droit de propriété a été imputée à l'ingérence du droit public dans le domaine de la propriété privée (Michel POURCELET, «L'évolution du droit de propriété depuis 1866», dans *Le droit dans la vie économique-sociale*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3, à la p. 10).
 2. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, p. 269.
 3. L.R.Q., c. P-41.1.
 4. L.R.Q., c. A-19.1.
 5. L.R.Q. c. Q-2.
 6. Articles 976 et suiv.

destruction ou la modification de tout ouvrage qui pollue ou épuise l'eau dont ils ont l'usage, ou peut-être même qui menace de le faire, puisque le recours cherche à «éviter» la pollution ou l'épuisement de l'eau. Cette innovation de l'article 982 C.c.Q., qui semble s'inscrire adroitement dans le discours actuel où l'environnement prédomine, est-elle condamnée à rester lettre morte, ou est-elle au contraire susceptible de créer des bouleversements mal venus et des remous inattendus?

Nous nous proposons, après avoir examiné la limite de l'intérêt général, de souligner le rôle accru qui sera dévolu aux tribunaux, et les problèmes que ces derniers pourraient avoir à résoudre. Parmi ces problèmes, l'identification des bénéficiaires du recours vient en première place. Après quoi nous serons en mesure d'en comprendre l'ampleur virtuelle, ampleur qui pourrait être jugulée, ou du moins atténuée, par une interprétation plus conforme à l'esprit du code qu'à la lettre de son article 982.

Le filtre de l'intérêt général

L'article 982 n'étonne pas en ce qu'il contribue à l'érosion progressive du droit fondamental qu'est le droit de propriété, mais il étonne par les motifs au moyen desquels il justifie cette érosion. En effet, la restriction de l'article 982 s'applique à moins d'aller à l'encontre de l'intérêt général. Il ne s'agit donc pas d'une restriction imposée à tous dans l'intérêt de chacun, ce qui lui donnerait soit le caractère réciproque, soit la rentabilité sociale des actuelles limites du droit de propriété. Il s'agit plutôt d'une restriction imposée à certains propriétaires, dont les constructions et ouvrages risquent de polluer l'eau éventuellement, mais pas à d'autres, dont les constructions et ouvrages la polluent effectivement, et pourront continuer à la polluer ou à l'épuiser dans l'intérêt général.

Cet intérêt général permettant d'échapper à la restriction de l'article 982 C.c.Q. reste à définir, mais comme il s'agit d'une notion floue, élastique, variable, mobile, et soumise au contexte social, économique et culturel, sa définition fera problème. À titre d'exemple, on peut déjà prévoir que de nombreuses entreprises pourraient tenter de faire valoir que leurs constructions polluantes offrent un intérêt économique général. Le critère de l'intérêt général pourra ainsi, suivant l'interprétation qu'en feront les tribunaux, rendre le recours inefficace pour obtenir la modification de barrages ayant un impact désastreux sur la quantité et la qualité de l'eau, mais par contre efficace pour obtenir la démolition du quai d'un voisin riverain.

Par ailleurs, la généralité de l'article laisse prévoir que les groupes pour la défense de l'environnement chercheront à l'invoquer pour obtenir la destruction d'innombrables ouvrages. La conjugaison des articles 913, 920 et 982 du Code pourrait également, dans une interprétation libérale, aboutir à la

destruction de constructions à la demande de personnes n'ayant pas, autrement, l'intérêt requis en vertu de l'article 55 C.p.c.

Le rôle des tribunaux

Le sort du nouveau recours de l'article 982 C.c.Q. reposera donc entièrement sur l'interprétation qu'en feront les tribunaux. À travers la définition de l'intérêt général, à travers l'emploi du mot éviter, et à travers l'intérêt requis, on peut prévoir que la portée du recours sera vivement questionnée. Si les tribunaux tendent à donner au recours une portée étendue, et s'ils exigent de surcroît un intérêt minimal à poursuivre, le droit de propriété de tous les riverains s'en trouvera démesurément affaibli. Mais si, d'autre part, ils interprètent largement la notion d'intérêt général, l'article 982 C.c.Q. ajoutera peu aux dispositions qui le précèdent.

On peut regretter que le Législateur confie en quelque sorte une partie de la gestion de l'eau au pouvoir judiciaire, et, sans parler d'abdication de sa part, on peut s'étonner de ce transfert qui menace l'étanchéité des pouvoirs, en imposant au judiciaire un fardeau qui ne lui revient pas nécessairement. En effet, la gestion de l'eau relève actuellement de comités administratifs, mais de plus en plus les tribunaux de droit commun seront appelés à déterminer ce qui pollue ou épuise l'eau, ce qui est susceptible de la polluer ou de l'épuiser, et ce qui pourrait en éviter la pollution ou l'épuisement. Il se pourrait même que le recours cache, sous ses allures de recours en faveur de l'usager, un recours en faveur de ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'environnement. De la même façon que l'article 980 al. 2 C.c.Q. crée une obligation qui, ne pouvant favoriser aucun usager plausible⁷, a vraisemblablement été établie en faveur de l'eau elle-même.

Pourtant le droit civil est par tradition fondamentalement anthropocentrique. Qu'il traite des liens entre les personnes, ou entre les personnes et les biens, c'est toujours du point de vue de la personne qu'il le fait. Or le recours de l'article 982 ne vient pas sanctionner un lien de droit entre l'eau et son usager potentiel. À travers le filtre de l'intérêt général et le fantôme d'un utilisateur aléatoire, il vient surtout consacrer l'importance de préserver l'environnement, s'inscrivant ainsi dans une mode qui devrait rester étrangère au Code.

7. Soit que personne ne puisse invoquer un manquement à l'obligation prévue à l'article 980 al. 2, qui est une obligation pour le propriétaire de conserver la qualité de l'eau d'un lac entièrement situé sur son fonds, soit que toute personne puisse le faire, et dans ce dernier cas, la même possibilité existerait logiquement en ce qui concerne l'article 982.

Mais que l'article 982 C.c.Q. vise à protéger le droit d'usage de l'eau et ses titulaires, ou qu'il vise à protéger l'eau elle-même, ce sont deux hypothèses également critiquables, car dans le premier cas, le «droit à l'usage» de l'eau est placé dans une position hiérarchiquement supérieure au droit de propriété, ce qui est injustifiable, et dans le second cas, une dimension étrangère à la nature même du droit civil se trouve introduite dans une codification, dont on n'attend pas qu'elle vienne régir les rapports entre le citoyen et l'environnement.

Le droit à l'usage de l'eau

Le droit «à l'usage d'une source, d'un lac, d'une nappe d'eau ou d'une rivière souterraine, ou d'une eau courante...» n'est vraisemblablement que le droit à l'usage de l'eau elle-même, puisque la seule façon d'utiliser une nappe d'eau ou une rivière souterraine est d'utiliser leur eau, et que la seule façon d'utiliser une source, ce terme pouvant désigner soit l'eau elle-même, soit l'issue par laquelle elle jaillit du sol, est également d'en utiliser l'eau. Quant au droit d'usage d'un lac, il ne peut aller au-delà du droit à l'usage de l'eau qu'il contient, puisqu'il n'y a pas non plus d'autre façon d'utiliser un lac qu'en en utilisant soit son lit, soit son eau, et que son lit fait l'objet d'un droit de propriété (en vertu des deux alinéas de l'article 919 C.c.Q.) dont aucune disposition ne vient limiter l'exclusivité. Les titulaires du droit à «l'usage d'une source, d'un lac ou d'une eau courante» n'ont, en fait, qu'un droit à l'usage de l'eau.

Mais ce droit d'usage qu'exige l'article 982 pour son application n'est pas le même droit d'usage qui «constitue une prérogative distincte et (...) primordiale de la propriété»⁸. Puisque l'eau ne peut faire l'objet d'aucune appropriation privée (sinon partiellement, par mise en récipient) le «droit d'usage» qu'exige le recours de 982 C.c.Q. est un droit complètement étranger au droit de propriété, et n'en constitue pas l'un des trois attributs (*usus, fructus, et abusus*). Cet usage dont il est question est la simple faculté d'utiliser une eau qui n'appartient à personne, faculté que le code érige, peut-être par inadvertance, en droit d'usage. Et on ne pourrait efficacement objecter que l'eau appartient à tous et chacun, puisque ce n'est pas le propre des choses communes de faire l'objet d'un droit de propriété, même collectif.

De sorte que, jusqu'à preuve du contraire, et à moins que le nouveau recours ne crée par ricochet le nouveau principe d'un droit de propriété communautaire⁹, l'usage identifié par l'article 982 n'est rien de plus que la possibilité d'utiliser une chose qui est à la disposition de tous, tout en

8. Gérard CORNU, *Droit civil*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, n° 1026, p. 335.

9. Mais toute sanction découle d'un droit, et non l'inverse. La Common Law procède autrement toutefois, postulant qu'il n'existe aucun droit là où il n'y pas de sanction.

n'appartenant à personne. Il est étonnant qu'au nom d'un droit aussi faible dans la hiérarchie du droit des biens et de la propriété, le Code ait choisi de créer un recours limitant le droit des propriétaires de se doter d'ouvrages et de constructions susceptibles de polluer ou d'épuiser l'eau. Il est vrai que ce recours, spectaculaire de prime abord, pourrait être édenté par une interprétation large de ce qu'est l'intérêt général, et par l'exigence d'un intérêt distinct à l'usage de l'eau.

Le statut de l'eau

La *res communis* est «une chose n'appartenant à personne, mais dont tout le monde a l'usage»¹⁰. Elle est à la disposition de chacun, tout en n'appartenant à personne. Il ne faut pas la confondre avec la chose, et encore moins avec le bien, destiné à l'utilité publique. Ce n'est pas par sa destination qu'une chose commune se qualifie, mais par le fait qu'elle n'est pas susceptible d'appropriation. Le Code lui-même confirme cette distinction, par ailleurs connue, de la façon suivante : l'article 913 al.1 C.c.Q. pose le principe que les choses communes ne sont pas susceptibles d'appropriation, mais l'alinéa deuxième énonce ensuite l'exception de deux choses communes, l'air et l'eau, lesquels pourront faire l'objet d'une appropriation partielle, mais à la condition de ne pas être destinées à l'utilité publique. C'est donc que les choses communes peuvent être ou ne pas être destinées à l'utilité publique.

Le seul fait que tous puissent circuler sur les cours d'eau, suivant l'article 920 C.c.Q., ne peut suffire à destiner leur eau à l'utilité publique, auquel cas cette eau ne serait jamais susceptible d'appropriation par mise en récipient, car l'article 913 al. 2 du Code ne permet que l'appropriation de l'eau non destinée à l'utilité publique. Ce deuxième alinéa de l'article 913 ne peut recevoir d'effet que si l'usage commun (ou usage public) et l'utilité publique sont deux notions distinctes.

En conséquence, qu'elle soit ou non destinée à l'utilité publique, l'eau appartient à cette catégorie des choses communes. L'article 913 C.c.Q., dont le premier alinéa empêche l'appropriation des choses d'usage commun, et dont le deuxième alinéa crée une exception à propos de l'eau, montre que l'eau est bel et bien visée par la règle du premier alinéa, et constitue une chose commune. L'article 920 C.c.Q., qui permet à tous de circuler sur les cours d'eau et les lacs, en respectant certaines conditions, va dans le même sens. L'eau étant une chose commune, tous en ont l'usage. Se pourrait-il que tous les usagers potentiels de l'eau puissent invoquer l'article 982 C.c.Q.?

10. Christian LARROUMET, *Droit civil*, 2^e éd., t. 2, Paris, Economica, 1988, n° 587, p. 346.

Les titulaires du recours et l'intérêt requis

À notre avis, l'article 982 C.c.Q. ne peut être réduit à un simple complément des articles 981 et 980. Nous ne croyons pas non plus qu'il faille le voir comme étant disponible seulement aux personnes dont le rapport avec l'eau est établi à l'article 981 C.c.Q., puisqu'il a la particularité d'énumérer toutes les sortes d'eau courante ou dormante qui existent, ce qui n'est pas le cas des articles précédents. Quoique d'application plus large, le recours de 982 pourrait sans doute être utilisé comme sanction des obligations créées à 980 et 981 C.c.Q.

La conséquence de son autonomie et de sa généralité pourrait être de le rendre disponible à toute personne ayant droit à l'usage de l'eau sous toutes ses formes descriptives, ce qui pose la question de l'intérêt à poursuivre. Sans doute faut-il raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit soulevée, en particulier dans des causes-types portées devant les tribunaux par les groupes de protection de l'environnement, qui se verront opposer leur intérêt insuffisant et indistinct. Ces derniers pourraient faire valoir que toute personne a l'intérêt requis en vertu de l'article 55 C.p.c. et en satisfait les conditions, puisque chacun a droit à l'usage de l'eau, ou encore que l'article 982 lui-même accorde l'intérêt requis, du seul fait qu'il est ouvert à «celui qui a droit à l'usage de l'eau». Dans la même veine, l'article 980 al. 2 pourrait leur servir à démontrer que toute personne a un intérêt suffisant à poursuivre lorsque la qualité de l'eau est menacée, à défaut de quoi il s'agirait d'un article inapplicable, puisqu'il créerait alors une obligation dépourvue de bénéficiaire. Plus généralement, ils pourront plaider que tous ont un intérêt suffisant à la qualité de l'eau, puisque chacun a droit à la qualité de son environnement, ceci en vertu de l'article 19 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹¹. Il est à prévoir que de tels litiges deviendront chose fréquente dès l'entrée en vigueur du nouveau code.

Si le seul droit à l'usage de l'eau devait conférer l'intérêt requis, l'article 982 C.c.Q. constituerait à coup sûr une révolution apparente. Une révolution, car reconnaître l'intérêt requis à des demandeurs n'exerçant pas effectivement leur droit d'usage de l'eau, et pouvant même être dans l'impossibilité de l'exercer¹², donnerait à chacun un droit de regard sur les constructions d'autrui. Mais une révolution apparente, car la limite de l'intérêt général empêcherait le recours innovateur de s'appliquer aux ouvrages et constructions jugées d'intérêt général. Plusieurs sociétés polluantes, et parmi les plus grandes, échapperaient

11. Précitée, note 5. Une interprétation assez restrictive de cet article a toutefois prévalu jusqu'ici.

12. Il peut être difficile par exemple d'utiliser l'eau d'un lac dont le lit est privé, sans prendre pied sur ses berges.

ainsi à la surveillance de l'article 982. C'est parmi les plus grandes sociétés que se retrouvent celles qui, premièrement, risquent davantage de diminuer la qualité ou la quantité de l'eau et qui, deuxièmement, sont susceptibles d'être jugées d'intérêt général. Bref, si tous peuvent agir, le recours est aussi révolutionnaire qu'excessif, mais s'ils ne peuvent agir que contre de petits pollueurs (ou des voisins détestés), le recours perd de son envergure, tout en gardant son aspect politiquement correct.

Les personnes et les actes visés par le recours

Sauf s'ils sont protégés par la notion d'intérêt général, presque tous les propriétaires d'un fonds où se trouve de l'eau, qu'elle soit courante ou dormante, pourraient être exposés au recours. Même l'article 980 C.c.Q., qui semble accorder un droit au propriétaire d'un lac ou d'un étang entièrement situés sur son fonds, lui confère en réalité une obligation bien spécifique : il est tenu de conserver la qualité de l'eau de ce lac ou de cet étang. La loi ne lui accorde qu'une faculté donnée à tous, celle d'user de l'eau pour ses besoins, ce qui n'a pas pour effet de le soustraire au recours de l'article 982.

Le cas du propriétaire d'une source est différent : il peut en user et en disposer à sa guise, en autant qu'elle ne constitue pas la tête d'un cours d'eau (981 *a contrario*). Il semblerait qu'il échappe à la surveillance de 982 C.c.Q. Mais si la source constitue la tête d'un cours d'eau, il restera entièrement exposé au recours, d'autant plus que l'article 981 précise qu'il est tenu de conserver la qualité et la quantité de l'eau.

Peu de petits propriétaires, en fin de compte, échapperont à la surveillance de l'article 982. Ils ne pourront rien faire qui soit susceptible d'épuiser ou de polluer l'eau. En effet, l'emploi du verbe «éviter» pourrait, comme nous l'avons mentionné, suggérer que les ouvrages dont la modification ou la destruction peut être demandée n'ont pas à effectivement polluer ou épuiser l'eau : il suffirait qu'ils soient susceptibles de le faire éventuellement.

Conclusion

On peut donc reprocher à l'article 982 C.c.Q. d'ouvrir la porte à une interprétation qui soumettrait le droit de propriété à un vague droit d'usage, qui créerait un pouvoir de surveillance de tous sur chacun, et qui consacrerait, du même coup, l'interdiction de polluer et le droit de le faire.

En même temps que nous déplorons ce rôle qui leur incombe, nous pouvons souhaiter que les tribunaux circonscrivent ce recours nouveau, en fixent les critères, et lui imposent le cadre que le Législateur a omis de lui donner. Ainsi, il serait souhaitable qu'un intérêt distinct soit exigé pour sa mise en

oeuvre¹³ : la sanction qu'il crée ne devrait pouvoir être obtenue, tout au plus, que par celui qui est en mesure d'utiliser, et utilise effectivement l'eau dont il veut préserver la qualité ou la quantité. Ainsi, les recours de principe seraient évités, et le droit de propriété conserverait une apparence de cette complétude que le nouveau code lui prête encore¹⁴.

Nous pouvons également souhaiter que l'intérêt général empêchant l'exercice du recours reçoive une interprétation stricte, sinon restrictive, de façon à au moins soumettre les grandes sociétés polluantes au même régime que les petits propriétaires riverains.

13. Ce qui poserait un autre problème, comme nous l'avons déjà mentionné, en vidant de tout contenu l'obligation créée par l'article 980 al. 2 C.c.Q.

14. Article 947 C.c.Q.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET LE NOUVEAU DROIT

Auteur(s) : Guy LEFRANÇOIS

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 203-212

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13386>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13386>

Page vide laissée intentionnellement.

**LES CONVENTIONS MATRIMONIALES
ET LE NOUVEAU DROIT**

par Guy LEFRANÇOIS*

SOMMAIRE

1.	Forme et capacité	206
2.	Contenu	207
2.1	Le régime matrimonial	208
2.2	Les donations	209
3.	Publicité	212
	CONCLUSION	213

*, Notaire et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Les statistiques en matière de conventions matrimoniales nous laissent voir que le contrat de mariage est de moins en moins utilisé au Québec, particulièrement depuis le début des années quatre-vingt¹. Cette situation s'expliquerait par la baisse du nombre de mariages² mais également, et peut-être surtout, par la transformation qu'ont subi les rapports économiques entre époux suite aux réformes de 1981 et de 1989.

La mise en place de nombreuses mesures impératives, telles que la prestation compensatoire et le patrimoine familial, a en effet remis en cause la pertinence même du contrat de mariage. Pourtant, cet instrument se justifie encore aujourd'hui. Comme certains l'ont déjà souligné³, il permet de choisir un régime matrimonial différent du régime légal, qui ne convient pas nécessairement à tous. Il peut contenir des libéralités, notamment une institution contractuelle, utile en l'absence de testament. Il peut enfin être l'occasion d'énumérer les biens possédés lors du mariage et d'en indiquer la valeur, ce qui facilite un éventuel partage du patrimoine familial ou du régime.

Les conventions matrimoniales présentent donc toujours un intérêt et dans cette perspective, il nous paraît approprié de faire le point sur l'impact qu'aura la réforme du *Code civil* à leur égard. C'est ce dont nous traiterons dans la présente chronique en abordant successivement trois thèmes : la forme du contrat et la capacité des parties, le contenu et la publicité.

1. Forme et capacité

Au sujet de la forme d'abord, précisons que le nouvel article 440 C.c.Q. reprend essentiellement le contenu de l'actuel article 472 C.c.Q. sauf pour un changement mineur dans la formulation. Par conséquent, on maintient l'exigence selon laquelle le contrat de mariage doit être fait par acte notarié portant minute, à peine de nullité absolue.

La modification des conventions matrimoniales demeure possible tant avant qu'après le mariage moyennant le respect des mêmes conditions que dans le droit actuel, c'est-à-dire la forme notariée en minute pour l'acte constatant la modification et l'obtention des consentements requis⁴.

1. André COSSETTE, «Statistiques en matière de mariage», (1991) 93 *R. du N.* 536.

2. *Id.*

3. Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 53-56; Chambre des notaires du Québec, «Patrimoine familial et contrat de mariage», *Les Cahiers*, vol. 15, n° 3, mars 1993, p. 698.

4. Art. 437 à 439 C.c.Q.

Quant à la capacité des parties, c'est le *statu quo*. Le nouveau code, tout comme celui en vigueur maintenant, prévoit qu'un mineur ayant la permission de se marier peut conclure un contrat de mariage après avoir obtenu l'autorisation du tribunal donnée sur l'avis du titulaire de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du tuteur⁵. Le majeur en tutelle requiert, pour sa part, l'assistance de son tuteur, dûment autorisé par le tribunal sur l'avis du conseil de tutelle, tandis que la personne pourvue d'un conseiller doit agir avec l'assistance de celui-ci⁶. Dans tous les cas, la violation de ces règles entraîne la nullité relative de l'acte qui ne peut toutefois être soulevée après un délai d'un an à compter de la célébration du mariage⁷.

2. Contenu

En ce qui a trait au contenu, on ne peut passer sous silence la grande latitude dont jouissent les stipulants tel qu'il est prévu à l'article 431 C.c.Q., l'équivalent de l'actuel article 463 C.c.Q. : «Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public».

Malgré cela, le contrat de mariage ne comporte ordinairement que deux éléments principaux : le choix du régime matrimonial et les donations.

2.1 Le régime matrimonial

À l'égard des régimes, nous retrouvons dans le nouveau code ceux que nous connaissons déjà, c'est-à-dire la société d'acquêts, qui constitue le régime légal⁸, et la séparation de biens. Leurs règles de fonctionnement respectives demeurent inchangées, exception faite de quelques ajustements concernant la société d'acquêts.

D'abord, le nouvel article 456 C.c.Q. reprend le principe énoncé à l'actuel article 488 C.c.Q. mais en l'élargissant de façon à couvrir non seulement les actions mais toutes les valeurs mobilières. La qualification de propre s'appliquera donc désormais aux valeurs mobilières acquises soit par suite de la déclaration de dividendes sur des valeurs mobilières propres à l'un des époux, soit par suite de l'exercice d'un droit de souscription, de préemption ou d'un autre droit semblable, conféré par des valeurs mobilières propres à l'un des

5. Art. 434 C.c.Q. Pour l'autorisation relative au mariage, voir l'art. 373 C.c.Q.

6. Art. 436 al. 1 C.c.Q.

7. Art. 435 et 436 al. 2 C.c.Q.

8. Art. 432 C.c.Q.

époux, sauf récompense s'il y a lieu. Question de droit transitoire, l'article 32 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁹ prévoit que «la répartition en propres et en acquêts des biens visés à l'article 456 du nouveau code est faite suivant la loi en vigueur lors de leur acquisition».

Ensuite, le nouvel article 476 C.c.Q. vient préciser que «les biens susceptibles de récompense s'estiment d'après leur état au jour de la dissolution du régime et d'après leur valeur au temps de la liquidation». Cette disposition pose toutefois problème. On peut d'une part l'interpréter, à l'instar de Pierre Ciotola et de Nicole Gagnon¹⁰, comme signifiant de manière implicite que l'ensemble des biens dont il faut tenir compte pour fixer la créance résultant du partage des acquêts doit également être évalué au moment de la liquidation, contrairement à la pratique actuelle qui retient la date où la dissolution produit ses effets¹¹. Mais, nous croyons que si le législateur avait voulu modifier cette pratique, il se serait exprimé de façon plus évidente. En outre, nous comprenons mal pourquoi ce dernier adopterait pour l'évaluation des biens de la société d'acquêts, une règle de même nature que celle utilisée dans le cadre du partage de l'indivision communautaire alors que depuis 1989, les acquêts se partagent en valeur.

On peut d'autre part interpréter l'article 476 C.c.Q. de façon plus littérale en en limitant l'application au domaine des récompenses. Par contre, comme le souligne le professeur Jean-Guy Bergeron¹², l'incohérence persiste puisque les biens doivent alors être évalués à la date de la dissolution pour l'établissement de la valeur des masses et au temps de la liquidation pour le calcul des récompenses, lesquelles se basent sur un enrichissement déterminé à la date de la dissolution.

Deux interprétations donc mais aucune n'est pleinement satisfaisante. Nous favorisons malgré tout la seconde interprétation qui a au moins le mérite de maintenir une certaine concordance entre les dates d'évaluation retenues pour le partage de la société d'acquêts et celles retenues pour le partage du patrimoine familial¹³, une concordance qui se justifie puisque dans les deux cas, il s'agit d'établir une créance ou, en d'autres termes, de partager en valeur. Nous aurions néanmoins préféré qu'aucune modification ne soit apportée à cet aspect du régime matrimonial. À tout événement, l'article 33 L.A.R.C.C. prévoit que

9. L.Q. 1992, c. 57; ci-après appelée «L.A.R.C.C.».

10. Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, *loc. cit.*, note 3, 49.

11. Il s'agit selon les circonstances de la date du décès, de la demande ou de la cessation de la vie commune selon les articles 465 et 466 C.c.Q.

12. Jean-Guy BERGERON, *Le droit patrimonial des conjoints*, document pédagogique, 1992-1993, pp. 253.

13. Art. 417 C.c.Q. Il est prévu que les biens qui en font partie sont évalués à la date du décès, de la demande ou, sur décision du tribunal, à la date de cessation de la vie commune.

l'article 476 du nouveau code sera applicable aux sociétés d'acquêts dissoutes avant son entrée en vigueur lorsque l'option sur le partage des acquêts n'a pas encore été exercée par les intéressés et que le délai pour l'exercer n'est pas encore écoulé.

Enfin, comme autres ajustements aux dispositions concernant la société d'acquêts, l'on note des modifications dans l'énoncé de certains articles soit pour des fins de concordance avec le reste du code, c'est le cas notamment aux articles 454 et 455 C.c.Q., soit pour des fins de précision, par exemple à l'article 482 C.c.Q.

2.2 Les donations

En plus d'exprimer le choix du régime matrimonial, le contrat de mariage peut comporter différentes donations soit entre vifs, soit à cause de mort¹⁴. Les principales, et à toutes fins pratiques les seules qui présentent encore un intérêt¹⁵, sont d'une part, la donation entre vifs de meubles meublants, dont l'utilité se conçoit dans une optique de protection contre les créanciers, et d'autre part, l'institution contractuelle qui, en l'absence de testament, permet d'éviter de recourir à la dévolution légale.

Ces donations font l'objet de règles spécifiques dans le code actuel¹⁶ et il en sera de même dans le nouveau code mais avec certains changements.

Ainsi, l'article 1840 C.c.Q. modifie le cadre dans lequel une donation par contrat de mariage peut avoir lieu :

Toute personne peut faire une donation entre vifs par contrat de mariage, mais seuls peuvent être donataires les futurs époux, les époux, leurs enfants respectifs et leurs enfants communs nés et à naître, s'ils naissent vivants et viables.

La donation à cause de mort ne peut avoir lieu qu'entre les personnes qui peuvent être bénéficiaires d'une donation entre vifs par contrat de mariage.

Cette disposition, qui n'affecte pas la validité des donations faites selon les règles du code actuel¹⁷, diffère passablement des articles 818 à 820 C.c.B.C.

14. Art. 1839 C.c.Q.

15. Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, *loc. cit.*, note 3, 54-55; Serge BINETTE, «Régimes matrimoniaux et contrat de mariage», *R.D.-Famille-Doctrine-Doc.* 2, pp. 59-62.

16. Art. 817-830 C.c.B.C.

17. Pour les donations entre vifs, voir l'article 2 L.A.R.C.C. et pour les donations à cause de mort, voir l'article 105 L.A.R.C.C.

mais au fond, le législateur a simplement voulu mieux refléter la réalité : il a supprimé la possibilité de faire des libéralités par contrat de mariage à des tiers, ce qui devait être plutôt rare, tout en élargissant l'admissibilité des enfants, ce qui tient compte des familles reconstituées, fréquentes de nos jours.

La distinction entre une donation entre vifs et une donation à cause de mort conserve par ailleurs toute son importance. Le nouveau code précise à cet égard que la donation entre vifs implique le désaisissement actuel du donateur et ne porte que sur des biens présents¹⁸. Cette définition ne fait toutefois que reprendre le droit actuel¹⁹ de sorte que les techniques de rédaction déjà connues demeurent pertinentes. Soulignons cependant deux changements qui rapprochent en quelque sorte les donations par contrat de mariage des autres donations :

- selon l'article 1822 C.c.Q., la donation entre vifs stipulée révocable suivant la seule discrétion du donateur sera désormais nulle, même si elle est faite par contrat de mariage, à la différence de ce qui est prévu à l'article 824 C.c.B.C.;
- selon l'article 1821 C.c.Q., la donation entre vifs qui impose au donataire l'obligation d'acquitter des dettes ou des charges autres que celles qui existent lors de la donation sera également nulle même si elle est faite par contrat de mariage sauf si la nature de ces autres dettes ou charges est exprimée au contrat et si leur montant y est déterminé, contrairement aux dispositions de l'article 825 C.c.B.C.

Ces nouvelles règles vont affecter les libéralités faites par contrat de mariage avant l'entrée en vigueur du nouveau code. Pour les donations entre vifs valables selon l'article 824 C.c.B.C. mais qui ne le seront plus en raison de l'article 1822 C.c.Q., faute de règle spécifique, on pourrait possiblement appliquer l'article 5 L.A.R.C.C. suivant lequel «les stipulations d'un acte juridique antérieures à la loi nouvelle et qui sont contraires à ses dispositions impératives sont privées d'effet pour l'avenir». Par contre, les donations entre vifs valables selon l'article 825 C.c.B.C. mais qui se heurtent à l'article 1821 C.c.Q. sont maintenues sous réserve de l'article 104 L.A.R.C.C. qui limite à la valeur des biens donnés, l'obligation du donataire d'acquitter des dettes ou des charges à venir dont ni la nature, ni le montant n'ont été déterminés lors du contrat.

Quant à la donation à cause de mort ou institution contractuelle, elle se définit dans le nouveau code comme étant celle où le désaisissement du

18. Art. 1807 et 1818 C.c.Q.

19. Art. 777 et 778 C.c.B.C.

donateur demeure subordonné à son décès et n'a lieu qu'à ce moment²⁰. Là encore, il s'agit de la même notion que dans le droit actuel sauf qu'une modification fondamentale est apportée : en vertu de l'article 1841 C.c.Q., la donation à cause de mort, qu'elle soit à titre particulier ou non, devient en effet révocable à moins de stipulation contraire. On inverse donc complètement la règle prévue à l'article 823 C.c.B.C. mais ce changement aura un impact moins grand qu'il n'y paraît car dans la majorité des cas, l'institution contractuelle est stipulée de façon révocable. Il reste que les parties désirant convenir de l'irrévocabilité devront désormais le dire expressément. Les conséquences d'un tel choix sont précisées au deuxième alinéa de l'article 1841 C.c.Q. :

[...] lorsque le donateur a stipulé l'irrévocabilité de la donation, il ne peut disposer des biens à titre gratuit par acte entre vifs ou par testament, à moins d'avoir obtenu le consentement du donataire et de tous les autres intéressés ou qu'il ne s'agisse de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage; il demeure, cependant, titulaire des droits sur les biens donnés et libre de les aliéner à titre onéreux.

Pour les institutions contractuelles faites avant l'entrée en vigueur du nouveau code, il est prévu à l'article 106 L.A.R.C.C. que les dispositions de l'article 1841 C.c.Q. leur sont applicables si elles n'ont pas encore été exécutées au jour de l'entrée en vigueur.

Mentionnons finalement que les stipulations d'insaisissabilité seront toujours possibles dans le nouveau droit mais dans un cadre plus restreint, à savoir qu'elles devront être temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime selon les termes de l'article 2649 C.c.Q.²¹

3. Publicité

Une fois que le contenu du contrat de mariage est arrêté et que l'acte est rédigé, il reste à accomplir les formalités relatives à la publicité.

Ce domaine est sans contredit l'un des plus touchés par la réforme du *Code civil* sauf qu'en ce qui a trait aux conventions matrimoniales, on remarque plutôt une simplification des règles.

Présentement, on sait que le contrat de mariage fait l'objet d'un avis au registre central des régimes matrimoniaux²² et qu'il doit en outre être enregistré

20. Art. 1808 C.c.Q.

21. Sur ce point, voir: Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, à la page 31.

22. Art. 474 C.c.Q. (actuel).

s'il contient des donations²³. Or, dans la loi nouvelle, la publicité du contrat et des donations s'effectue à un seul registre, celui des droits personnels et réels mobiliers²⁴, à moins que le contrat de mariage ne contienne une donation entre vifs d'immeuble, auquel cas, l'inscription au registre foncier devient nécessaire²⁵.

Il faut comprendre en effet que le système de publicité prévu au *Code civil du Québec* s'articule autour de deux registres : le registre foncier, où sont inscrits les droits concernant un immeuble, et le registre des droits personnels et réels mobiliers, où sont inscrits tous les autres droits dont la publicité est requise²⁶. Pour un contrat de mariage ne comportant qu'une institution contractuelle ou une donation entre vifs de biens meubles ou les deux, les inscriptions pertinentes au registre des droits personnels et réels mobiliers remplacent donc l'avis au registre central des régimes matrimoniaux de même que l'enregistrement des donations.

Sur la façon de procéder à ces inscriptions, peu de détails sont connus si ce n'est que l'article 2983 C.c.Q. précise qu'elles se font au moyen d'un avis. Il faudra par conséquent attendre le dévoilement de la réglementation gouvernementale pour en savoir plus²⁷.

Par contre, il est intéressant de noter que selon l'article 163 L.A.R.C.C. les avis de contrat de mariage déjà inscrits au registre central des régimes matrimoniaux seront portés d'office au registre des droits personnels et réels mobiliers. Les donations déjà enregistrées, quant à elles, conservent leur caractère d'opposabilité sans qu'il y ait besoin d'un renouvellement et peuvent être consultées dans les anciens registres en vertu de l'article 160 L.A.R.C.C.

CONCLUSION

Bref, il ressort de notre propos que la réforme du *Code civil* n'apportera pas de bouleversement majeur à la pratique en matière de conventions matrimoniales. La forme des actes, qu'il s'agisse du contrat de mariage ou de la modification d'une convention antérieure, reste la même et les régimes matrimoniaux demeurent tels que nous les connaissons déjà, si ce n'est les ajustements apportés à la société d'acquêts.

23. Art. 806 et 807 C.c.B.C.

24. Art. 442, 1824, 2938 C.c.Q.

25. La donation est alors inscrite au registre foncier tandis qu'un avis du contrat est inscrit au registre des droits personnels et réels mobiliers.

26. Art. 2970 C.c.Q.

27. Au moment de remettre ce texte, le projet de règlement a été déposé. Voir *Projet de règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 6410.

En fait, outre la simplification des règles de publicité, les changements les plus importants se retrouvent au niveau des donations : premièrement, en ce qui a trait aux personnes pouvant y être parties; deuxièmement, à l'égard des stipulations prohibées en matière de donations entre vifs; et troisièmement, quant à la révocabilité de la donation à cause de mort. Les dispositions qui introduisent ces changements ne semblent cependant pas soulever de difficultés particulières.

L'adaptation à la loi nouvelle dans le domaine des conventions matrimoniales devrait donc, selon nous, se faire sans heurts. Compte tenu des nombreuses réformes qui ont marqué le droit de la famille depuis quelques années, ce répit sera certes bienvenu.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA BONNE FOI DES PARTIES AU CONTRAT À TITRE ONÉREUX DANS
L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ : RÉFORME OU STATU QUO?

Auteur(s) : François TÔTH, Nathalie VÉZINA

Revue : *RDUS*, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 215-233

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13387>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13387>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA BONNE FOI DES PARTIES AU CONTRAT À TITRE
ONÉREUX DANS L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ :
RÉFORME OU *STATU QUO*?**

par François TÔTH*
Nathalie VÉZINA**

SOMMAIRE

Introduction	217
I. L'intention frauduleuse du débiteur	219
A. Le droit antérieur	219
B. Le droit nouveau	223
II. La mauvaise foi du tiers	228
A. Le droit antérieur	228
B. Le droit nouveau	231
Conclusion	236

*. Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

**. Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*La bonne foi des parties au contrat à titre onéreux
dans l'action en inopposabilité :
réforme ou statu quo?*

(1992) 23 R.D.U.S.

Introduction

L'action paulienne, rebaptisée «action en inopposabilité» à l'occasion de la réforme du Code civil, peut s'avérer fort utile au créancier désireux de sauvegarder le patrimoine de son débiteur. Considéré sous un autre angle, ce recours se présente plutôt comme une immixtion grave dans les affaires du débiteur et des tiers qui acceptent de contracter avec lui. L'un des aspects les plus intéressants de l'action en inopposabilité réside donc dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts des différentes parties au litige¹. Or, en matière de contrats à titre onéreux, l'identification de ce point d'équilibre passe traditionnellement par la notion de bonne foi des parties à l'acte attaqué.

Il est vrai que d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte pour juger du droit d'un créancier d'attaquer l'acte intervenu entre son débiteur et un tiers. À première vue, toutefois, le droit nouveau ne semble pas entraîner de bouleversements majeurs à l'égard de ces autres facteurs. Tout au plus, le législateur a-t-il veillé à préciser ou nuancer les conditions relatives au préjudice subi par le créancier-demandeur², au délai pour intenter l'action³ ou encore aux

-
1. Pour des considérations générales sur cette question d'équilibre entre les droits des parties en présence, voir: G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, p. 435-437.
 2. Le *Code* fournit désormais des exemples de situations d'actes commis en fraude des droits du créancier et lui causant un préjudice (art. 1631 *C.c.Q.*). Il faut préciser que les notions de préjudice et d'acte frauduleux sont indissociables. Elles représentent la cause et l'effet - la volonté du débiteur de diminuer son patrimoine, gage commun des créanciers, et le préjudice qui en découle pour ces derniers. Il ne fait pas de doute, dans le contexte de l'action en inopposabilité, que seule la fraude efficace, c'est-à-dire qui cause un préjudice à un ou plusieurs des créanciers, est susceptible d'être sanctionnée. Langelier explique que le geste du débiteur doit comporter à la fois l'*animus* et l'*eventus*, c'est-à-dire l'intention de frauder et le préjudice causé au créancier, pour que l'action paulienne soit accueillie: F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907, p. 436; voir aussi: C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Paris, Jules Renouard, 1830, n° 348.
 3. Le délai dont dispose le créancier pour prendre action est toujours limité à un an. Le législateur formule le point de départ de ce délai en des termes quelques peu différents, puisque le *Code* précise désormais que le délai court à partir de la connaissance du *préjudice* qui résulte de cet acte (art. 1635 *C.c.Q.*; comp. art. 1040 *C.c.B.-C.*), rejoignant ainsi l'interprétation jurisprudentielle sur la question; à cet effet, voir notamment: *Crépeault c. Ville d'Anjou*, C.A. Montréal, 500-09-001471-820, 15 février 1985, J.E. 85-233. Ce délai s'impose principalement pour des motifs d'ordre public. D'ailleurs, il est généralement cité à titre d'exemple de délai préfix. Si une telle qualification appelait certaines réserves dans le droit antérieur (notamment quant à la possibilité d'invoquer une suspension comme pour un délai de prescription), le texte de l'art. 1635 *C.c.Q.* ne permet plus d'en douter; sur cette question, voir: J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 671.

qualités de la créance invoquée au soutien du recours⁴. Quant aux effets de l'action en inopposabilité (art. 1631 *C.c.Q.*), le *Code civil du Québec* se borne à codifier la position déjà énoncée en jurisprudence⁵, comme en témoigne sa nouvelle appellation.

Nous avons cherché à déterminer si la position des légistes, à l'effet que le droit nouveau se limite généralement à des modifications mineures et maintient le *statu quo* sur le fond⁶, se vérifie également au sujet de l'état d'esprit du débiteur et de la partie contractant avec lui. Il nous a semblé intéressant de nous pencher sur cet aspect de l'action en inopposabilité, en nous attardant plus spécifiquement à l'acte conclu à titre onéreux⁷. Est-il possible que le législateur ait malgré tout bouleversé le régime élaboré sous l'ancien Code? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer l'état d'esprit requis du débiteur (I) et du tiers avec lequel celui-ci contracte (II).

I. L'intention frauduleuse du débiteur

L'intention frauduleuse du débiteur se trouve au coeur de l'action en inopposabilité. L'étude du droit antérieur révèle un régime intéressant et généralement bien équilibré (A). Il en va autrement du droit nouveau où, malgré des efforts louables du législateur, cet équilibre semble mis en péril (B).

4. Tout comme c'était le cas avant la réforme (art. 1039 *C.c.B.-C.*), la créance invoquée par le demandeur doit être antérieure à l'acte attaqué, bien que le législateur prévoie désormais une exception à ce principe (art. 1634 al. 2 *C.c.Q.*). Là encore, il ne s'agit en réalité que d'une codification de règles suggérées par la doctrine et adoptées en jurisprudence; à cet effet, voir notamment: P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théorêt, 1901, p. 294; Trudel, *supra*, note 1, p. 498.

La réforme vient par ailleurs trancher la question liée au caractère certain, liquide et exigible de la créance (art. 1634 al. 1 *C.c.Q.*), adoptant à cet égard une règle identique à celle introduite dans l'action oblique (art. 1627 al. 1 et 1628 *C.c.Q.*). Sur la controverse à cet égard, dans le droit antérieur, voir notamment: *Banque Nationale de Paris c. Mandelker*, [1985] C.S. 280, p. 283-285; *Daigle c. Rousseau*, [1987] R.J.Q. 397 (C.S.), p. 401-402.

5. Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1012 (sous l'art. 1631).

6. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *ibid.*, p. 1011-1012 (sous les art. 1631-1632 *C.c.Q.*).

7. Il est vrai que, dans le droit antérieur, l'intention frauduleuse du débiteur est requise pour l'acte à titre gratuit comme pour celui conclu à titre onéreux (art. 1033 *C.c.B.-C.*). Le régime applicable varie pourtant de façon notable selon la nature du contrat concerné.

Ainsi, bien que le mot «réputé» soit utilisé dans les deux articles énonçant les cas de présomption d'intention frauduleuse, celle relative au contrat à titre gratuit est considérée comme irréfutable, contrairement à ce qui prévaut en matière de contrat à titre onéreux: J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, n^o 396. De plus, l'état d'esprit de la personne contractant avec le débiteur n'est pas considérée dans l'acte à titre gratuit, puisque l'art. 1038 *C.c.B.-C.* se limite aux contrats à titre onéreux. Ce régime distinct pour l'acte à titre gratuit s'explique aisément du fait de l'absence de toute contrepartie par le cocontractant. C'est en raison de cette réalité économique toute particulière qu'il convient de limiter notre propos à l'acte à titre onéreux.

A. Le droit antérieur

Déjà, dans le droit romain, la preuve d'une intention frauduleuse était requise en matière paulienne⁸. Cette condition a paru essentielle aux codificateurs français, puisque le Code énonce que les créanciers peuvent «attaquer les actes faits par leur débiteur *en fraude de leurs droits*» (art. 1167 C.c. fr.). L'élément de fraude a également obtenu la faveur des codificateurs québécois de 1866, bien que la formulation diffère quelque peu du modèle français: «Un contrat ne peut être annulé *à moins qu'il ne soit fait avec l'intention de frauder*, et qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier» (art. 1133 C.c.B.-C.).

Que doit-on entendre par «intention frauduleuse»? Malgré la fluidité de cette notion, doctrine et jurisprudence s'entendent généralement pour y voir, en matière paulienne, la connaissance par un débiteur du préjudice causé à ses créanciers du fait de ses agissements⁹.

L'intention frauduleuse se situe au-delà de la simple négligence¹⁰. Le débiteur doit avoir connaissance ou conscience de l'effet préjudiciable susceptible de résulter de l'acte¹¹. Si une telle connaissance est requise pour conclure à l'existence d'une intention frauduleuse, elle est également suffisante. Il faut en effet se garder de distinguer selon l'importance des manoeuvres entreprises par le débiteur en vue de nuire à ses créanciers. La fraude «passive» du débiteur opportuniste, tout comme la fraude «active» du débiteur malhonnête, sont également sanctionnées. En un mot, l'intention frauduleuse est synonyme, en matière paulienne, de mauvaise foi du débiteur à l'endroit de ses créanciers¹². Il est indifférent que le débiteur, en agissant de la sorte, n'ait pas songé à frauder un créancier en particulier¹³.

Le fardeau de prouver l'intention frauduleuse du débiteur incombe au créancier qui cherche à obtenir l'inopposabilité de l'acte attaqué. La preuve directe d'une telle intention demeure difficile, en raison même du caractère occulte de la fraude. Aussi, dans plusieurs cas, le créancier-demandeur devra,

8. C. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, 4^e éd., Paris, F. Pichon, 1891, n° 851.

9. En ce sens, l'intention frauduleuse présente des liens indéniables avec l'autre condition charnière de l'action en inopposabilité, soit l'existence d'un préjudice effectif chez le créancier-demandeur.

10. Ceci contraste avec l'action oblique, pour laquelle la simple négligence du débiteur suffit.

11. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., t. 4, Paris, Cotillon, 1859, p. 403.

12. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, n° 595; Pineau et Burman, *supra*, note 7, n° 395; G.A. Rosenberg, «The Notion of Good Faith in the Civil Law of Quebec», (1960) 7 R.D. McGill 1, p. 18. Voir aussi: *Duchesne c. Labbé*, [1973] C.A. 1002, p. 1005; *Biron c. Poirier*, [1978] C.S. 231, p. 238; *Royal Bank of Canada c. Rousseau*, [1977] C.S. 1090, p. 1093. Trudel, *supra*, note 1, p. 458.

13. Toullier, *supra*, note 2, n° 349.

selon le droit commun de la preuve, établir cette intention à l'aide de présomptions de faits (art. 1242 *C.c.B.-C.*)¹⁴.

Malgré tout, la tâche du créancier peut s'avérer difficile. C'est pourquoi les codificateurs de 1866 ont prévu différents types de présomptions légales destinées à faciliter la preuve de l'intention frauduleuse du débiteur¹⁵.

Dans le cas d'un acte à titre onéreux, deux éléments doivent être réunis par le créancier pour profiter d'une présomption légale d'intention frauduleuse: l'insolvabilité du débiteur au moment de l'acte et la connaissance par le tiers de cette insolvabilité (art. 1035 *C.c.B.-C.*). Pourquoi présume-t-on qu'un contrat est fait avec l'intention de frauder simplement parce que l'une des parties au contrat connaît l'insolvabilité de l'autre? Tout comme le débiteur insolvable est en mesure d'anticiper les conséquences de l'acte juridique sur son patrimoine insuffisant, tout autant le cocontractant informé de cette insolvabilité peut apprécier les conséquences de l'acte intervenu. En d'autres mots, la conclusion d'un acte, alors que l'insolvabilité de l'une des parties est connue de l'autre, laisse croire à l'existence d'un «climat», d'une ambiance propice à la fraude des droits des créanciers de l'insolvable.

Pourtant, une telle intention n'existe pas toujours chez le débiteur insolvable qui contracte avec des tiers informés de son insolvabilité. Ce débiteur peut contracter alors que son insolvabilité est connue, tout en cherchant à conclure un marché régulier¹⁶. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ait reconnu, de concert avec la doctrine, le caractère réfragable de la présomption d'intention frauduleuse malgré l'utilisation du mot «réputé» à l'art. 1035 *C.c.B.-C.*¹⁷.

14. *Biron c. Poirier*, *supra*, note 12, p. 236-237. Trudel, *supra*, note 1, p. 483; Baudouin, 3^e éd., *supra*, note 12, n^o 595.

15. Les commentaires relatifs à la codification de 1866 nous enseignent que ces présomptions trouvent leur source en droit romain, lequel était invoqué par la jurisprudence et la doctrine françaises à défaut de présomptions légales dans le *Code civil* français: *Code civil du Bas-Canada. Premier, second et troisième rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 15-17.

Malgré cette intention avouée de modeler ce régime sur les principes reconnus en droit français à l'époque de la codification, force est de constater que ce dernier a connu des développements jurisprudentiels et doctrinaux importants. Du même coup, l'approche comparative doit être empreinte de prudence. Sur les règles applicables à cet égard en droit français actuel, voir notamment: H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations. Théorie générale*, 8^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1991, n^{os} 993-997.

16. Sur la difficulté de faire une telle preuve, voir néanmoins: Baudouin, 3^e éd., *supra*, note 12, n^o 595.

17. *In re Callway Sash and Door Inc.: Perras c. Banque provinciale du Canada*, [1963] B.R. 919, p. 923; *In re Gérard Nolin Ltée: Banque Canadienne Nationale c. Bellavance*, [1979] C.A. 168, inf. (*sub nom. In re Gérard Nolin Ltée: Bellavance c. Trust Général du Canada*),

Deux traits majeurs du droit antérieur peuvent être relevés au sujet de l'intention frauduleuse du débiteur.

D'une part, le Code marque clairement la distinction entre cette condition de l'action paulienne (art. 1033 *C.c.B.-C.*) et la présomption qui en facilite la preuve (art. 1035 *C.c.B.-C.*); ainsi, les éléments constitutifs de la présomption ne représentent pas des conditions *sine qua non* du recours¹⁸. Il est donc possible d'imaginer l'existence d'une intention frauduleuse chez un débiteur solvable¹⁹, dont l'insolvabilité ne peut être prouvée²⁰, ou encore dont l'état d'insolvabilité est inconnu du tiers qui contracte avec lui²¹. Le créancier peut toujours se prévaloir de l'action en inopposabilité, mais il lui incombe alors de démontrer l'intention frauduleuse du débiteur par preuve directe ou par présomption de faits.

D'autre part, dans le contexte des présomptions légales, le droit maintient un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur: le premier profite d'un renversement du fardeau de preuve à l'égard d'un élément difficile à cerner, alors que le second peut démontrer une réalité différente de ce que la loi laisse présumer.

Reste à déterminer si ces traits essentiels ont été repris dans le cadre de la réforme.

B. Le droit nouveau

Le législateur québécois réaffirme, dans le *Code civil du Québec*, le rôle central de l'intention frauduleuse du débiteur dans l'action en inopposabilité. Cet aspect de la réforme, qui semble à première vue aller de soi, mérite néanmoins d'être signalé. En effet, l'Office de révision du Code civil proposait d'éliminer cette condition, du moins dans les cas où le débiteur était ou se rendait

C.S. Québec, 200-11-000302-748, 26 mars 1975, M. le juge Jacques, [1975] C.S. 770 (som.). Il en va autrement dans le droit nouveau; à ce sujet, voir l'art. 2847 *C.c.Q.* et ci-dessous, partie I.B.

18. Trudel, *supra*, note 1, p. 502; P.W. Morin, «Le recours paulien en matière de faillite et en matière civile», (1973) 33 R. du B. 41, p. 59.

19. Il en va ainsi du débiteur qui transforme ses immeubles en effets négociables en vue de flouer ses créanciers: Langelier, t. 3, *supra*, note 2, p. 437. Par exemple, *Duchesne c. Labbé*, *supra*, note 12; *Biron c. Poirier*, *supra*, note 12; *Droit de la famille - 1824*, C.S. Saint-François, 450-05-000994-901, 17 mai 1993, M. le juge Pélouquin, J.E. 93-1269 (en appel: 500-09-001157-932).

20. Voir, par exemple, *Bouchard c. Parent*, C.A. Montréal, 500-09-001357-847, 5 mai 1988, M. le juge LeBel, J.E. 88-780,.

21. Voir, par exemple, *Spenard c. Lapointe*, C.S. Drummond, 405-05-000060-848, 11 août 1987, M. le juge Frappier, J.E. 87-1258, p. 15-16.

insolvable²². Dès l'avant-projet de loi sur les obligations (art. 1685) et jusqu'à l'adoption du projet de loi 125 (art. 1629, devenu l'art. 1631 *C.c.Q.*), le législateur a privilégié le maintien de cette exigence²³.

Certains points positifs de la réforme méritent d'être soulignés.

Ainsi, dans le cadre de la théorie générale des obligations, on reconnaît désormais explicitement le devoir de bonne foi des parties dans l'*exécution* des obligations (art. 1375 *C.c.Q.*)²⁴. Ce principe d'application générale constitue une toile de fond pour le recours en inopposabilité, lequel intervient lorsqu'un acte juridique met en péril le patrimoine d'un débiteur, gage commun de ses créanciers (art. 2644-2645 *C.c.Q.*).

Par ailleurs, la réforme reprend la distinction entre le droit du créancier de réclamer l'inopposabilité du contrat frauduleux (art. 1631 *C.c.Q.*), d'une part, et les présomptions destinées à en faciliter la preuve (art. 1632 et 1633 *C.c.Q.*), d'autre part.

Au sujet des présomptions, le *Code civil du Québec* conserve l'élément de connaissance du tiers au nombre des faits objectifs permettant l'établissement d'une présomption légale d'intention frauduleuse du débiteur. L'hypothèse envisagée à l'art. 1035 *C.c.B.-C.* - l'acte conclu par le débiteur *insolvable* - est conservée à l'art. 1632 *C.c.Q.* Le nouveau Code précise désormais que l'insolvabilité *créée* par l'acte attaqué est également visée par cette présomption. Il ne s'agit là, en fait, que d'une extension logique du principe général. Là où le droit nouveau innove de façon plus significative, c'est en incluant dans le domaine de la présomption l'hypothèse du débiteur qui *cherche* à se rendre

22. Le *Projet de Code civil* prévoyait également le cas où le débiteur *cherche* à se rendre insolvable, une situation qui, nous le verrons plus loin, correspond généralement à un comportement de mauvaise foi constitutif de fraude. Sur les modifications proposées, voir : Office de révision du Code civil, *Rapport sur le code civil*, vol. I, *Projet de code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, art. 197; *ibid.*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, p. 658-659.

23. Les légistes répondent implicitement aux réserves exprimées par l'ORCC en mentionnant la largesse de la jurisprudence et de la doctrine quant à la preuve de l'intention frauduleuse: *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *supra*, note 5, p. 1011-1012 (sous l'art. 1631 *C.c.Q.*).

24. Cette idée était déjà défendue par Toullier, selon qui la bonne foi exigée dans les conventions ne se borne pas au cocontractant mais est due à tous ceux que peut intéresser ce qui se passe entre eux: Toullier, t. 6, *supra*, note 2, n° 342. Ce principe est exprimé en termes plus larges encore au nouvel art. 1375 *C.c.Q.*, lequel impose un devoir de bonne foi dans l'exécution des obligations quelles qu'en soient la source - ce qui vise notamment les agissements du débiteur à l'égard de son patrimoine.

insolvable, sans pour autant le devenir par cet acte^{24a}. L'ajout de cette troisième hypothèse n'est pourtant pas de nature à bouleverser le fonctionnement de l'action en inopposabilité. Sans mettre en doute la pertinence d'un tel ajout, qu'il suffise de mentionner que, contrairement à l'insolvabilité elle-même, la volonté de devenir insolvable constitue un fait subjectif. Un créancier qui réussit à faire la preuve d'une telle volonté chez le débiteur peut, la plupart du temps, démontrer une intention frauduleuse par preuve directe. Le bénéfice d'une présomption légale s'avère alors superflue ou, à tout le moins, d'une utilité limitée.

Les premiers commentateurs s'entendent pour regretter un aspect de la réforme, soit la possible mutation de la présomption d'intention frauduleuse du débiteur en présomption irréfutable²⁵. En effet, selon le nouvel article 2847 al. 2 *C.c.Q.*, la présomption concernant des faits «réputés» est absolue et ne permet aucune preuve contraire - ce que semble exprimer l'art. 1632 *C.c.Q.*

S'agit-il là d'une modification intentionnelle ou d'un simple incident de parcours? Divers indices tendent vers la seconde interprétation²⁶.

Ainsi, il ne serait pas surprenant que le législateur ait transposé le texte de l'article 1035 *C.c.B.-C.* sans s'arrêter au sens accordé au mot «réputé» dans le droit nouveau. En effet, ce mot était auparavant utilisé indistinctement pour désigner une présomption simple ou irréfutable, et la jurisprudence avait jugé bon d'y voir une présomption réfragable. Or, la réforme a amené, au chapitre de la preuve, une utilisation plus rationnelle des mots «réputé» et «préssumé»: le

-
- 24a Il faut noter que dans l'hypothèse où le débiteur cherche à créer l'*illusion* de l'insolvabilité par des actes fictifs ou déguisés, les dispositions relatives à la simulation sont à la disposition du créancier (art. 1451 *C.c.Q.*). Sur le domaine respectif des deux recours, voir notamment: Trudel, *supra*, note 1, p. 439 et suiv. La distinction entre l'action en inopposabilité et le recours en déclaration de simulation est toutefois passée sous silence par les légistes: *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *supra*, note 5, p. 1012 (sous l'art. 1631 *C.c.Q.*).
25. Sur cette question, voir généralement: J. Pineau, «Théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Obligations et contrats nommés*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 9, n° 180; L. Ducharme, «Le nouveau droit de la preuve en matière civile selon le *Code civil du Québec*», (1992) 23 R.G.D. 5, p. 45; A.-F. Bisson, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation: traditions et transitions», (1992) 23 R.D.U.S., p. 18.
- Déjà sous l'art. 1035 *C.c.B.-C.*, les professeurs Pineau et Burman relevaient l'injustice que pourrait causer une présomption irréfutable d'intention frauduleuse dans les contrats à titre onéreux: Pineau et Burman, *supra*, note 7, n° 396.
26. Les commentaires des légistes apportent peu de précisions sur ce point. Ainsi, on peut y lire que les dispositions du droit antérieur ont été reprises mais que la connaissance de l'insolvabilité constitue désormais un obstacle à la bonne foi: *Commentaire du ministre de la Justice*, t. I, *supra*, note 5, p. 1012 (sous l'art. 1632 *C.c.Q.*). Il est toutefois difficile de déceler si cet obstacle se rapporte à la preuve de bonne foi du débiteur, du tiers cocontractant ou encore de l'un et l'autre à la fois. A tout événement, les motifs d'un tel resserrement n'y sont pas exposés.

premier réfère à une présomption irréfragable, alors que le second laisse place à une preuve contraire (art. 2847 al. 2 *C.c.Q.*). Une transcription mécanique de la terminologie utilisée à l'article 1035 *C.c.B.-C.* aurait ainsi amené la transformation d'une présomption simple en présomption irréfragable²⁷.

L'hypothèse d'une erreur de rédaction est d'autant plus plausible que les projets de réforme ont mis de l'avant, pour un temps du moins, la possibilité d'un recours en inopposabilité dépouillé de la condition d'intention frauduleuse et des présomptions légales élaborées dans le droit antérieur²⁸. En revenant à ce régime initial, les codificateurs ont peut-être perdu de vue l'importance de reconnaître le caractère réfragable de la présomption découlant de l'article 1035 *C.c.B.-C.*

En supposant qu'il s'agit effectivement d'un concours de circonstances, serait-il néanmoins souhaitable de conserver une telle modification afin d'assurer une meilleure protection des intérêts des créanciers d'un insolvable? Nous ne le croyons pas. Il est vrai que les créanciers d'un insolvable se trouvent dans une situation précaire. Toutefois, le droit a tout intérêt à rechercher un équilibre entre les droits de ces derniers et la stabilité des transactions effectuées par le débiteur avec des tiers²⁹. Or, la preuve de bonne foi du débiteur - c'est-à-dire de son absence d'intention frauduleuse - constituait une justification fort adéquate pour limiter la protection des droits du créancier.

Il est permis d'imaginer certaines conséquences susceptibles de résulter d'une protection aussi large des intérêts des créanciers de l'insolvable. Ainsi, certaines personnes éprouveront-elles une plus grande hésitation lorsque viendra le temps de contracter avec une partie qu'elles savent être insolvable, et ce, même si l'honnêteté de cette dernière ne fait pas de doute. Qu'il suffise de penser au banquier et au fournisseur qui, acceptant de conclure un marché avec un insolvable, peuvent aussi contribuer au redressement de sa situation financière. Par ailleurs, le débiteur insolvable sera peut-être, à l'occasion, tenté de camoufler son état financier de façon à sécuriser son cocontractant et, du même coup, éviter l'application d'une présomption irréfragable d'intention frauduleuse^{29a}.

27. En ce sens, voir également : Pineau, *supra*, note 25, n° 180; Ducharme, *supra*, note 25, p. 45; Bisson, *supra*, note 25, p. 18.

28. Voir: *Rapport sur le code civil*, *supra*, note 22; voir aussi ci-dessus, partie I.A.

29. Cette réalité est reconnue dans le droit de la faillite, où le failli peut démontrer que la transaction a été effectuée dans le cours normal des affaires, la présomption de préférence frauduleuse étant réfragable: *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), c. B-3, art. 95 par. 2 [anciennement *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 73]; Morin, *supra*, note 18, p. 46-47.

29a. Au sujet de telles omissions dans le cadre de rapport contractuels, il convient de souligner le nouvel art. 2159 al. 2 *C.c.Q.* qui, en matière de mandat, impose au mandataire le devoir de faire connaître l'état d'insolvabilité de son mandant à peine d'engager sa responsabilité

Dans l'affaire *In re Gérard Nolin Ltée: Banque canadienne nationale c. Bellavance*, la Cour d'appel réfutait la théorie selon laquelle l'art. 1035 C.c.B.-C. créait une présomption *juris et de jure*. Les propos du juge Bernier conservent toute leur pertinence dans le contexte de l'art. 1632 C.c.Q.:

Une telle théorie aurait en pratique pour effet de réduire le débiteur insolvable à l'état d'incapable, ce que le Législateur n'a certes pas voulu. En effet, tel débiteur se verrait dès lors incapable de passer quelque contrat à titre onéreux que ce soit, qui ne serait pas, de plein droit, sujet à annulation à l'instigation de l'un quelconque de ses créanciers ou du syndic en cas de faillite; et ce, nonobstant non seulement l'absence totale de préjudice pour les créanciers, mais même s'il devait en résulter un bénéfice, pas même en vue de se sortir de son état d'insolvabilité, à moins de ne traiter qu'avec des personnes qui ignorent son insolvabilité et à qui il prend garde de le révéler. Cette proposition, à mon avis, répugne³⁰.

Ces considérations nous amènent à conclure à la nécessité de rétablir le régime prévalant dans le droit antérieur, soit le caractère réfragable de la présomption d'intention frauduleuse. Mais toute nécessaire qu'elle soit, cette modification serait malgré tout insuffisante. Aux difficultés relatives à la présomption d'intention frauduleuse s'ajoutent, en effet, des interrogations quant à la défense de bonne foi du tiers.

II. La mauvaise foi du tiers

L'action en inopposabilité, par définition, affecte un tiers ayant contracté avec le débiteur de la partie demanderesse. La mécanique du recours donne-t-elle un droit de parole à ce tiers pour lui permettre d'éviter que l'acte conclu ne soit déclaré inopposable? Le droit antérieur le permettait à certaines conditions (A), ce qui ne semble plus être le cas dans le droit nouveau (B).

A. Le droit antérieur

L'art. 1038 C.c.B.-C. offre au tiers, confronté à l'éventuelle inopposabilité d'un acte à titre onéreux conclu au préjudice d'autres créanciers de son cocontractant, la possibilité de conserver les effets de cet acte en démontrant sa

personnelle - ce qui vise notamment l'administrateur d'une personne morale (art. 321 C.c.Q.). Qu'il divulgue ou non l'état d'insolvabilité de son mandant, le mandataire subira des conséquences particulièrement défavorables.

30. *Supra*, note 17, p. 175-176.

bonne foi dans le cadre de la transaction, et ce, malgré la preuve de l'intention de frauder du débiteur³¹.

Comment se définit la bonne ou mauvaise foi du tiers? Il est permis de tracer ici un parallèle avec la notion d'intention frauduleuse telle que nous l'avons envisagée plus haut: un tiers agit de bonne foi lorsqu'il conclut un acte tout en ignorant le préjudice qui en résulte pour les créanciers de son cocontractant ou, formule voisine, qu'il ignore les circonstances susceptibles d'entraîner l'inopposabilité du contrat³².

Ici encore, il faut noter que la notion de mauvaise foi dépasse la simple négligence. On ne saurait donc reprocher au tiers de n'avoir pas entrepris de démarches permettant de connaître en détail la condition patrimoniale de son vis-à-vis au moment de la transaction³³.

Par contre, la mauvaise foi ne nécessite pas une participation active du tiers à la création d'un préjudice pour les créanciers de son cocontractant. Un tiers peut être considéré de mauvaise foi s'il accepte de passer un contrat tout en soupçonnant les difficultés financières de son cocontractant ou encore les démêlés de ce dernier avec ses créanciers. La passivité du tiers ne permet pas de l'innocenter. Comme le précisait le juge Gagnon dans l'affaire *Duchesne c. Labbé*:

Je laisse les auteurs français à leur querelle sur la question de savoir si telle connaissance suffit ou si la participation de celui qui contracte avec le débiteur doit aller jusqu'à la complicité. L'article 1038 C.C. parle de bonne foi et non de complicité et l'autorité de ce texte me

-
31. Limite importante du droit d'un créancier lésé d'obtenir l'inopposabilité d'un acte, ce moyen de défense est cependant restreint aux actes à titre onéreux. L'art. 1038 C.c.B.-C. exclut clairement le cas de l'acte à titre gratuit, ce qui s'explique facilement du fait que le tiers n'a alors donné aucune contrepartie pour la prestation du débiteur. Il répugne à la logique comme à la justice que le tiers conserve une libéralité au détriment d'un créancier fraudé. De plus, la jurisprudence confirme que l'art. 1038 C.c.B.-C. ne peut être invoqué par le tiers lorsque le créancier attaque un paiement effectué par son débiteur plutôt qu'un contrat conclu par ce dernier: *In re Société coopérative agricole régionale de La Tuque: Benoît Lafrance Inc. c. Verroelst*, [1974] C.A. 435, p. 438.
32. *Labbé c. Nolin*, [1972] C.S. 418, p. 422, conf. (*sub nom. Duchesne c. Labbé*), *supra*, note 12; *Royal Bank of Canada c. Rousseau*, *supra*, note 12, p. 1093; *In re Gérard Nolin Ltée: Bellavance c. Trust Général du Canada*, *supra*, note 17, p. 35-36, inf. sur un autre point (*sub nom. In re Gérard Nolin Ltée: Banque Canadienne Nationale c. Bellavance*), *supra*, note 17; *Spenard c. Lapointe*, *supra*, note 21, p. 16-18; *Daigle c. Rousseau*, *supra*, note 4, p. 402. Voir aussi: *Gagnon c. St-Denis*, C.S. Longueuil, 505-05-000646-908, 15 octobre 1992, M. le juge Chabot, J.E. 92-1757, p. 8-10.
33. Voir: M. Tancelin, *Des obligations. Contrats et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, n° 665.

paraît suffisant pour écarter la complicité comme condition de l'action paulienne³⁴.

Il arrive que la mauvaise foi du tiers soit présentée comme l'une des conditions de l'action paulienne³⁵. À notre avis, cette affirmation mérite d'être nuancée. En effet, le créancier a tout intérêt à démontrer, dans le cadre de son recours, la mauvaise foi du tiers qui a contracté à titre onéreux avec son débiteur. Toutefois, au plan théorique, la bonne foi du tiers constitue plutôt un moyen de défense³⁶. Le fardeau incombe alors au tiers de prouver sa bonne foi, bien que le créancier-demandeur puisse, par anticipation, chercher à démontrer le contraire. C'est l'existence d'une intention frauduleuse de la part du débiteur qui explique la nécessité d'une preuve de bonne foi par le tiers. Par mesure de prudence, ce dernier tentera généralement de plaider sur les deux plans: son cocontractant, le débiteur, n'avait pas d'intention frauduleuse, alors que lui-même était de bonne foi. À défaut, pour les deux parties au contrat, de faire reconnaître l'absence d'intention frauduleuse du débiteur, le moyen de défense propre au tiers reste le seul moyen d'éviter l'inopposabilité de l'acte conclu. À cet égard, il est indifférent que l'intention frauduleuse du débiteur ait été prouvée conformément au droit commun de la preuve ou qu'elle découle de la présomption légale de l'art. 1035 *C.c.B.-C.*

L'art. 1038 *C.c.B.-C.* apparaît comme une atténuation au principe selon lequel la bonne foi d'une personne se présume (art. 2202 *C.c.B.-C.*). Dès lors qu'un contrat est conclu par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers, il est logique de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que les deux parties à cet acte sont également de mauvaise foi³⁷.

Le moyen de défense offert par l'article 1038 *C.c.B.-C.* n'est pas simplement théorique, même dans les cas où le tiers avait connaissance de l'insolvabilité du débiteur. Ce tiers peut connaître l'insolvabilité de son

34. *Supra*, note 12, p. 1010. Dans le même sens, voir: Trudel, *supra*, note 1, p. 486-487.

35. Notamment *Duchesne c. Labbé*, *ibid.*, p. 1005. Voir aussi: *Meunerie Camirand Inc. c. Banque Nationale du Canada*, C.A. Montréal, 500-09-000212-860, 9 mars 1993, J.E. 93-583.

36. *Maurice D'Arcy et associés Inc. c. Construction St-Viateur Inc.*, C.S. Montréal, 500-05-003246-822, 18 juin 1982, M. le juge Benoît, J.E. 82-775 (C.S.), p. 10-11. Trudel, *supra*, note 1, p. 494. Voir aussi: *In re Koko Enterprises Ltd.: Waxman c. Toronto Dominion Bank*, C.S. Montréal, 500-11-000568-754, 18 janv. 1979, M. le juge Lévesque, J.E. 79-159, p. 15; *Jenner c. Seligman*, C.S. Montréal, 500-05-009597-749, 8 septembre 1980, M. le juge Lévesque, J.E. 80-888 (C.S.), p. 19; *Daigle c. Rousseau*, *supra*, note 4, p. 402; *In re Bolduc et associés Inc.: Swidler c. Laurent Gagnon Inc.*, [1978] C.S. 538, p. 541-542.

37. *Jenner c. Seligman*, *ibid.*, p. 19: «En matière de droit paulien, la bonne foi ne se présume pas et c'était aux défendeurs à se décharger du fardeau de la preuve et à venir établir qu'il y avait des considérations valables équivalentes à la valeur du terrain cédé.» Morin, *supra*, note 18, p. 60. Voir aussi: Trudel, *ibid.*, p. 494; Baudouin, 3^e éd., *supra*, note 12, n° 597.

cocontractant et, malgré tout, chercher à conclure un marché régulier³⁸. La preuve du tiers sera plus ou moins facile selon les circonstances entourant la conclusion de l'acte³⁹. Ainsi, lorsque le tiers est un proche du débiteur (conjoint, parent, administrateur ou actionnaire d'une personne morale, etc.), il lui sera plus difficile de démontrer qu'il ignorait les circonstances permettant d'attaquer l'acte⁴⁰ que dans le cas d'un fournisseur peu au fait des intentions de son cocontractant à l'égard de ses autres créanciers.

Tout comme c'était le cas au sujet de l'intention frauduleuse du débiteur, les règles relatives à la bonne ou mauvaise foi du tiers tendent au maintien d'un équilibre entre les intérêts respectifs du créancier (victime d'une atteinte au patrimoine de son débiteur) et du tiers (victime de l'instabilité des rapports contractuels). Le tiers qui connaît bien la situation ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Par contre, s'agissant d'un tiers innocent, la loi favorise ce dernier au détriment du créancier lésé⁴¹.

Le tiers, amené à son insu par un cocontractant de mauvaise foi à conclure un acte préjudiciable aux créanciers de ce dernier, pourrait être dans une position beaucoup moins avantageuse dans le droit nouveau.

B. Le droit nouveau

Dans leurs commentaires, les légistes mentionnent que l'art. 1632 *C.c.Q.* «regroupe, dans une formulation plus simple et plus précise, l'essentiel des dispositions des articles 1035, 1036 et 1038 C.C.B.C. [...]»⁴². Pourtant, on n'y trouve aucun élément permettant d'identifier un quelconque moyen de défense personnel au tiers de bonne foi. Qui plus est, cet article concerne uniquement l'hypothèse où la loi présume l'intention frauduleuse du débiteur, alors que l'on a vu précédemment que l'art. 1038 *C.c.B.-C.* permettait au tiers d'invoquer sa bonne foi peu importe le mode de preuve par lequel l'intention frauduleuse du débiteur était établie⁴³. Les légistes sont laconiques sur ce point:

38. Trudel, *ibid.*, p. 493; Baudouin, *ibid.*, n° 597.

39. Sur l'appréciation de la bonne foi du tiers en application de l'art. 1038 *C.c.B.-C.*, voir : Morin, *supra*, note 18, p. 60-61; Rosenberg, *supra*, note 12, p. 16-17. Voir aussi: Labbé c. Nolin, *supra*, note 32, p. 423-425, conf. (*sub nom. Duchesne c. Labbé*), *supra*, note 12, p. 1010-1011.

40. Par exemple, *Royal Bank of Canada c. Rousseau*, [1977] C.S. 1090, p. 1093-1094; *Biron c. Poirier*, *supra*, note 12, p. 237; *Daigle c. Rousseau*, *supra*, note 4, p. 402; *Droit de la famille - 1824*, *supra*, note 19; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Assurances Arbour Inc.*, C.Q. Québec, 200-02-009824-873, 30 mars 1990, M. le juge Beaulieu, D.F.Q.E. 90F-52; *Lapointe c. Goyer*, [1986] R.J.Q. 257 (C.S.).

41. Toullier, *supra*, note 2, n° 352.

42. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *supra*, note 5, p. 1012 (sous l'art. 1632) [nos italiques].

43. Voir: Trudel, *supra*, note 1, p. 487.

Comme dans le passé, il [l'article 1632] préserve les droits du tiers de bonne foi qui a fourni valeur en contrepartie du contrat ou du paiement. Cependant, les exigences de la bonne foi sont resserrées, puisque la connaissance de l'état d'insolvabilité, atteinte ou recherchée, du débiteur constituera désormais un obstacle à la bonne foi⁴⁴.

Une lecture des articles 1631 et 1632 *C.c.Q.* nous porte à croire que la substance de l'art. 1038 *C.c.B.-C.* a été purement et simplement omise dans le cadre de la réforme. Quant aux motifs qui animaient le législateur, il est fort à parier qu'il s'agit, là encore, d'une modification fortuite.

Ainsi, rien n'indique que le législateur ait cherché à s'inspirer du régime applicable en matière de contrat à titre gratuit⁴⁵ ou de paiement préférentiel⁴⁶ pour priver le tiers d'un moyen de défense personnel fondé sur sa bonne foi.

Cette approche du législateur pourrait résulter d'une certaine confusion entre l'intention frauduleuse du débiteur et la mauvaise foi du tiers. Il faut concéder que l'une et l'autre sont très similaires au plan conceptuel, reposant sur la connaissance du caractère préjudiciable de l'acte attaqué pour les créanciers de l'un des cocontractants. Pourtant, elles sont distinctes dans les faits puisque l'on peut fort bien imaginer la situation où un tiers innocent transige avec un débiteur mû par une intention frauduleuse. C'est précisément l'hypothèse qu'envisageait l'art. 1038 *C.c.B.-C.*

44. *Commentaires du ministre de la justice*, t. I, *supra*, note 5, p. 1012 (sous l'art. 1632). Le professeur Baudouin, dans la plus récente édition de son ouvrage, semble néanmoins reconnaître la possibilité pour le tiers de démontrer sa bonne foi: Baudouin, 4^e éd., *supra*, note 3, n° 684.

45. La nature particulière des rapports économiques générés par un acte à titre gratuit, nous l'avons mentionné plus tôt, rend difficile tout parallèle quant à la position du tiers bénéficiaire de la prestation offerte par le débiteur. Si le législateur avait souhaité imposer un régime identique dans les contrats à titre gratuit et onéreux, on peut imaginer qu'il l'aurait fait de façon plus explicite.

46. Dans le droit de la faillite, la seule bonne foi du tiers est insuffisante pour éviter l'application du recours pour paiement préférentiel: *Hudson c. Bellanack*, [1976] 2 R.C.S. 168. Il faut nécessairement démontrer que le débiteur n'agissait pas avec une intention frauduleuse, notamment en prouvant qu'il s'agissait d'un paiement effectué par le débiteur dans le cours normal de ses affaires: ce n'est donc pas la bonne foi du tiers qui importe, mais plutôt l'absence d'intention de frauder de la personne insolvable. L'intention de préférer n'a donc pas à être commune au cocontractant. À ce sujet, voir notamment: P. Côté, «Le traitement préférentiel accordé à un créancier au cours de la période suspecte», (1967) 2 R.J.T. 287, p. 306-308; Morin, *supra*, note 18, p. 47 et suiv.; Tancelin, *supra*, note 33, n° 666 et n. 1247. Un principe similaire était applicable en matière paulienne dans le droit antérieur - l'art. 1038 *C.c.B.-C.* étant considéré inapplicable aux paiements faits en fraude des droits d'un créancier; sur ce point, voir: *supra*, note 31. Pour un aperçu du droit nouveau en matière de paiement préférentiel, voir: Baudouin, 4^e éd., *supra*, note 3, n° 683.

Par ailleurs, il est vrai que l'art. 1632 *C.c.Q.* évoque des situations où le tiers, conscient de certaines circonstances, peut effectivement s'avérer être de mauvaise foi. Ceci peut amener à croire qu'un article distinct, calqué sur l'art. 1038 *C.c.Q.*, serait superflu. Or, il faut reconnaître que ce n'est pas toujours le cas.

Ainsi, il arrive que les faits ne permettent pas de recourir aux présomptions édictées à l'art. 1632 *C.c.Q.* - si le débiteur est toujours solvable ou encore si le tiers ignore l'insolvabilité (accomplie ou recherchée) de son cocontractant. Dans ce cas, seul le principe général de l'art. 1631 gouverne le recours du créancier. Dans cette hypothèse, le tiers souffre de l'absence d'un moyen de défense personnel. Il doit alors se rabattre sur la solution de rechange que constitue la preuve de bonne foi du débiteur - une preuve qui peut s'avérer impossible si, à son insu, le débiteur était effectivement animé par une intention frauduleuse.

En ce qui a trait aux situations où l'art. 1632 *C.c.Q.* trouve application, d'aucuns prétendront que les faits dont le tiers est informé l'empêchent de plaider sa bonne foi. La connaissance de l'insolvabilité, dans cette optique, est assimilée de façon irréfragable à de la mauvaise foi. Ce serait là oublier une distinction fondamentale: c'est la *connaissance du préjudice causé aux autres créanciers* qui équivaut à de la mauvaise foi, alors que la *connaissance de l'insolvabilité du débiteur* permet simplement de supposer que le tiers connaît également le caractère préjudiciable de l'acte. Si certaines situations ne permettent pas de tracer une telle ligne de démarcation⁴⁷, il en est d'autres où la distinction est bien réelle⁴⁸. On peut notamment penser à l'institution financière qui, informée de l'insolvabilité de son cocontractant, accepte malgré tout de lui faire crédit dans le but de l'aider à corriger la situation. Ici, la situation du tiers de bonne foi est plus précaire encore. En effet, ce dernier ne dispose d'aucun moyen de défense personnel, à défaut d'indications en ce sens à l'art. 1632 et de l'absence d'un article distinct similaire à l'article 1038 *C.c.B.-C.* Qui plus est, le tiers est privé du moyen de défense additionnel que constituait, dans le droit antérieur, la preuve de bonne foi du débiteur, puisque l'article 1632 présume l'intention frauduleuse de façon absolue.

47. Ce serait le cas, par exemple, lorsque le tiers sait que le débiteur *cherche à se rendre insolvable*, ce qui équivaut plus ou moins à la connaissance d'un préjudice causé intentionnellement aux créanciers de son cocontractant.

48. *Spenard c. Lapointe*, *supra*, note 21, p. 16-18; *Perreault c. Société de prêts et placements du Québec*, (1935) C.S. 70; *In re Callway Sash and Door Inc.: Perras c. Banque provinciale du Canada*, *supra*, note 17. Voir aussi: *Saulnier c. Evans*, 1925 31 R.L.n.s. 383 (C.S.); *Butler c. Castonguay*, [1949] C.S. 52.

La disparition de l'art. 1038 *C.c.B.-C.* contribue à rompre l'équilibre que le droit antérieur cherchait à maintenir entre le créancier victime des agissements de son débiteur et les tiers qui ont contracté, de bonne foi et à titre onéreux, avec ce dernier. Comme dans le cas de la présomption légale d'intention frauduleuse du débiteur - c'est-à-dire par une modification possiblement fortuite et certainement inopportune -, le droit nouveau offre une protection excessive des droits du créanciers au détriment de personnes qui ont pu conclure un acte en toute bonne foi.

L'action en inopposabilité peut affecter de nombreux tiers qui transigent régulièrement et de bonne foi avec un débiteur en difficulté. Les institutions financières sont de ce nombre, tout comme différents types de fournisseurs. Tous sont susceptibles, en acceptant de contracter à titre onéreux avec un débiteur traversant une période difficile, de contribuer à ses efforts en vue d'une meilleure posture financière. Certes, les cas de transactions frauduleuses existent. Pourtant, le droit ancien permettait, de façon relativement satisfaisante, d'exercer un contrôle dans de telles circonstances. Les tiers de bonne foi, déjà inconfortables en raison du caractère désormais irréfragable de la présomption d'intention frauduleuse, sont affectés de façon plus significative encore par la disparition de leur moyen de défense personnel. Il n'est donc pas exagéré d'anticiper, si ce n'est un mouvement de panique, du moins une très grande prudence dans leurs affaires courantes. La perspective d'une instabilité des rapports contractuels n'est certes pas de nature à favoriser un climat de confiance⁴⁹.

Dans les premières analyses du droit nouveau, la question de la bonne foi du tiers semble être négligée au profit de celle portant sur le caractère irréfragable de la présomption établie à l'art. 1632 *C.c.Q.* Le fait de redonner à la présomption de l'art. 1632 un caractère réfragable - que ce soit par une modification législative ou une interprétation jurisprudentielle - ne suffirait pas à rétablir l'équilibre rompu par la réforme, puisque le tiers ne peut éviter l'inopposabilité lorsque le débiteur était effectivement de mauvaise foi. La solution la plus viable serait de faire renaître l'art. 1038 *C.c.B.-C.* Une telle modification rendrait au tiers de bonne foi un moyen de défense à toutes les actions en inopposabilité impliquant une transaction à titre onéreux, qu'elles soient ou non soumises à la présomption d'intention frauduleuse du débiteur.

49. Sur la sévérité manifestée par les tribunaux dans le droit antérieur quant à la connaissance par les institutions financières de l'insolvabilité de leurs clients, voir toutefois: Morin, *supra*, note 18, p. 53.

Conclusion

Un survol des dispositions nouvelles en matière d'action en inopposabilité permet de constater des modifications importantes en ce qui a trait à l'état d'esprit des parties à l'acte attaqué. Ces modifications qui, dans une certaine mesure, ne semblent pas même souhaitées par le législateur, pourraient avoir des répercussions importantes dans le cadre de contrats à titre onéreux et créer des situations fort injustes pour le débiteur ou le tiers contractant de bonne foi.

Il faut souhaiter que le législateur apporte les ajustements qui s'imposent. Quant à la nature de ces ajustements, il nous semble essentiel de bien distinguer les deux éléments qui apparaissent déficients dans le droit nouveau: énoncer clairement le caractère réfragable de la présomption d'intention frauduleuse du débiteur par l'emploi du mot «présupposé» (conformément à l'art. 2847 *C.c.Q.*) et rétablir, dans un second alinéa de l'art. 1631 *C.c.Q.* ou dans un article distinct, la défense de bonne foi du tiers⁵⁰.

Il existe certes des alternatives d'ordre judiciaire en cas de refus du législateur d'apporter de telles modifications. Il s'agit toutefois de simples palliatifs plus ou moins souhaitables selon le cas.

À l'égard de la présomption d'intention frauduleuse du débiteur, les tribunaux pourraient être tentés d'interpréter le mot «réputé» à la lumière du *Code civil du Bas-Canada* et d'ignorer par le fait même le sens donné par l'article 2847 *C.c.Q.*⁵¹ Une telle solution n'irait toutefois pas sans entraîner certaines interrogations, dans la mesure où elle porte atteinte à la volonté du législateur de rationaliser l'emploi de termes destinés à exprimer la nature de présomptions légales. Sans prêcher en faveur d'un positivisme étroit, il nous semble pour le moins inquiétant, dans un système de droit codifié, de passer outre à un texte aussi clair au motif que le législateur semble, dans le contexte d'un recours particulier, avoir ignoré la portée de cette règle.

50. Si le législateur juge à propos d'édicter une telle disposition, il ne nous semble pas souhaitable de le faire dans le corps de l'art. 1632, puisque ce dernier se limite aux cas où l'intention frauduleuse du débiteur découle de la présomption légale - ce qui priverait d'un moyen de défense le tiers qui contracte avec un débiteur solvable mais de mauvaise foi. Par ailleurs, la modification proposée soulèverait une nouvelle question, à savoir l'applicabilité de ce moyen de défense dans le cas d'un *paiement* et non d'un contrat; sur l'état du droit antérieur sur cette question, voir *supra*, note 31.

51. Dans cette optique, l'art. 2847 *C.c.Q.* ne constituerait qu'une *règle d'interprétation*, expression d'ailleurs utilisée dans la *Loi d'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 142: Bisson, *supra*, note 25, p. 18. Si les professeurs Bisson et Ducharme s'entendent sur le caractère inopportun de l'art. 2847 *C.c.Q.*, le second va plus loin en proposant une modification de cet article et la disparition de la règle d'interprétation qui y est énoncée: Ducharme, *supra*, note 25, p. 45.

La recherche d'une alternative permettant la reconnaissance d'un moyen de défense personnel au tiers de bonne foi s'avère plus ardue. Certains pourraient être tentés d'avancer qu'en l'absence d'une disposition similaire à l'art. 1038 *C.c.B.-C.*, on en revient au principe selon lequel la bonne foi se présume^{51a}. Ce serait là oublier que le renversement de la présomption de bonne foi, en matière paulienne, ne découlait pas uniquement de cette disposition, mais aussi et surtout du fait que le comportement frauduleux du débiteur, démontré par preuve directe ou à l'aide de présomptions, permettait de considérer que les deux parties au contrat agissaient de mauvaise foi jusqu'à preuve du contraire. Par ailleurs, même en acceptant un tel argument aux fins de discussion, il ne viendrait rien modifier à la position du tiers de bonne foi puisque, selon nous, la mauvaise foi du tiers ne constitue pas une condition de l'action en inopposabilité mais plutôt un moyen de défense⁵².

L'effort de clarification et de systématisation du législateur est mis en péril par ce qui apparaît comme des modifications involontaires ou dont les répercussions ont été sous-estimées. C'est pourquoi il nous semble souhaitable qu'il fasse marche arrière pour revenir à une position dont il n'a, en définitive, jamais cherché à s'éloigner.

-
- 51a Dans le droit actuel, on semble considérer que le renversement du principe de la bonne foi à l'égard du tiers n'intervient que lorsque la présomption de l'art. 1035 trouve application; pour une illustration récente de cette tendance, voir: *Meunerie Camirand Inc. c. Banque Nationale du Canada*, *supra*, note 35, p. 3-4. Cette position se défend fort bien au niveau pratique, puisque la connaissance de l'insolvabilité du débiteur place le tiers dans une situation plus compromettante que s'il ignore cette insolvabilité ou encore s'il sait ce débiteur solvable. Néanmoins, il nous semble plus difficile de justifier cette position au plan théorique étant donné que le *Code* ne distingue pas, l'art. 1038 *C.c.B.-C.* s'appliquant peu importe le mode par lequel l'intention frauduleuse du débiteur est prouvée.
52. Voir les autorités citées *supra*, note 36. Il serait théoriquement possible de contourner cette objection en considérant que l'art. 1631 *C.c.Q.* exige que les *deux* parties au contrat attaqué aient eu une intention frauduleuse. Cette position poserait néanmoins un problème majeur, soit celui de permettre au tiers de bonne foi d'éviter l'inopposabilité de l'acte même dans le cadre d'un contrat à titre gratuit.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE NOUVEAU PROCESSUS D'EXAMEN DES PLAINTES DANS LE CADRE DU RÉSEAU DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX : DOIT-ON S'EN PLAINDRE?

Auteur(s) : Yveline MARTIN

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 239-248

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13389>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13389>

Page vide laissée intentionnellement.

**LE NOUVEAU PROCESSUS D'EXAMEN DES
PLAINTES DANS LE CADRE DU RÉSEAU
DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX:
DOIT-ON S'EN PLAINDRE?**

par Yveline MARTIN*

INTRODUCTION	241
1- Le processus d'examen des plaintes sous l'ancienne <i>Loi sur les services de santé et les services sociaux</i>	242
2 - Le processus d'examen des plaintes sous la <i>nouvelle Loi sur les services de santé et les services sociaux</i>	244
2.1 - La compétence	244
2.2 - Le processus d'examen des plaintes	245
2.2.1 - La plainte déposée auprès de l'établissement et de la régie régionale	245
2.2.2 - La plainte déposée auprès du commissaire	246
2.3 - Les recommandations finales	248
3 - L'utilité d'un commissaire	248
CONCLUSION	249

*. Avocate et chargée de cours en droit de la santé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*Le nouveau processus d'examen des plaintes dans le cadre
du réseau de la santé et des services sociaux : (1992) 23 R.D.U.S.
Doit-on s'en plaindre?*

INTRODUCTION

La réforme du système de services de santé et de services sociaux se veut axée sur le citoyen¹. Le législateur espère amener la population à se sentir davantage concernée par le système de santé et de services sociaux. Pour ce faire, il incite la population à participer plus activement à la prise de décision. Ainsi, la nouvelle loi prévoit le droit pour un usager d'être informé sur son état de santé et sur les différentes options qui s'offrent à lui². La nouvelle L.S.S.S.S. prévoit également le droit pour un usager d'être informé des services et des ressources disponibles de même que des modalités d'accès à ceux-ci³. L'usager a aussi «le droit de participer à toute décision affectant son état de santé ou bien-être»⁴. Comme l'énonce le document de présentation de cette réforme⁵, ces droits resteraient lettre morte si la nouvelle loi ne prévoyait pas de mécanismes pour en assurer leur respect. L'ancienne *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁶ prévoyait un processus de plaintes des usagers très sommaire. La nouvelle *Loi sur les services de santé et les services sociaux* instaure un nouveau processus d'examen des plaintes. Si, à première vue, le changement semble heureux, un examen plus attentif des dispositions révèle certaines lacunes. Après un bref rappel des dispositions antérieures relatives aux plaintes, nous examinerons le nouveau processus d'examen des plaintes, entré en vigueur le 1er avril 1993⁷.

-
1. Voir notamment: MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *Une réforme axée sur le citoyen*, Québec, 1990, 95 p.
 2. *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, c. 42 (deviendra L.R.Q. c. S-4.2, art. 8.
 3. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 4.
 4. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 10.
 5. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 15.
 6. L.R.Q. c. S-5, ci-après citée: «ancienne L.S.S.S.S.».
 7. Précitée, note 2. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, art. 68 qui ajoute l'art. 619.2 (ci-après citée «Loi modificatrice de 1992») L.Q. 1992 c. 21 qui ajoute l'art. 619.2 à la nouvelle L.S.S.S.S.

1- Le processus d'examen des plaintes sous l'ancienne *Loi sur les services de santé et les services sociaux*

L'ancienne L.S.S.S.S. permettait de porter une plainte contre un médecin, dentiste ou pharmacien qui pouvait entraîner la formation d'un comité de discipline interne du Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens (C.M.D.P.). Elle était cependant silencieuse sur le traitement des autres plaintes des usagers concernant l'établissement. Un usager pouvait porter plainte au Conseil Régional de la Santé et des Services sociaux (ci-après appelé «C.R.S.S.S.») de la région concernée, dans la mesure où l'établissement :

«... n'a pas fourni les services de santé et les services sociaux que la présente loi leur donne droit de recevoir ...⁸»

Cette disposition posait des problèmes d'interprétation relatifs à la compétence du C.R.S.S.S. Le C.R.S.S.S. pouvait-il recevoir uniquement une plainte visant le refus de donner des soins? Le C.R.S.S.S. pouvait-il recevoir également une plainte touchant des services reçus, mais qui ne respectaient pas l'aspect qualitatif énoncé dans la loi⁹? Que faire des plaintes concernant la compétence ou la qualité (et non l'inconduite par exemple) d'un acte médical, dentaire ou pharmaceutique?

Dans les cas où un C.R.S.S.S. avait compétence, il procédait à une enquête et faisait ses recommandations à l'établissement lorsqu'il le jugeait approprié. Advenant le cas où l'établissement refusait de suivre ces recommandations et que cette attitude risquait de mettre en péril les droits du plaignant ou d'autres personnes «éventuellement dans la même situation», le C.R.S.S.S. pouvait s'adresser à la Commission des affaires sociales¹⁰. La compétence de la Commission en la matière était exclusive¹¹.

8. Ancienne L.S.S.S.S., précitée, note 6, art. 18 c).

9. L'article 4 de cette ancienne L.S.S.S.S. prévoyait que:
«Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services. ... »

10. Ancienne L.S.S.S.S., précitée, note 6, art. 19; pour un exposé plus détaillé du traitement des plaintes au sein du C.R.S.S.S. voir: Jean-Pierre MÉNARD, «L'application du droit aux services: la portée juridique et sociale du recours devant le C.R.S.S.S.», dans Andrée LAJOIE et Patrick A. MOLINARI, (dir.), *Pour une approche critique du droit de la santé*, Montréal, P.U.M., 1987, pp. 241-293.

11. *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q. c. C-34, art. 21 e).

La loi constitutive de la Commission, (qui a toujours compétence en d'autres matières) faisait du recours à la Commission un recours assez particulier. Il s'agissait d'un recours de la nature «de novo» et non de celle d'un véritable appel¹². La Commission devait permettre aux parties d'être entendues. Celles-ci pouvaient être assistées d'un avocat, interroger des témoins et présenter leurs arguments¹³. La Commission était investie des pouvoirs prévus à la *Loi sur les commissions d'enquête*. Elle pouvait confirmer ou infirmer une décision, auquel cas elle devait rendre toute décision qui aurait dû être rendue en première instance¹⁴. Elle n'était astreinte à aucun délai spécifique pour rendre sa décision.

La Commission rendait une décision écrite et motivée et toute personne visée par cette décision devait s'y conformer sans délai. Advenant le cas où une personne ne se conformait pas à la décision, celle-ci pouvait être homologuée par la Cour supérieure à la suite d'une requête de la Commission. Une fois homologuée, la décision devenait exécutoire comme toute décision de la Cour supérieure¹⁵.

En raison de la compétence attribuée à la Commission par l'ancienne L.S.S.S.S., on pouvait donc forcer un établissement à respecter les recommandations du C.R.S.S.S., si la Commission les confirmait, et dans certains cas après homologation.

2 - Le processus d'examen des plaintes sous la nouvelle Loi sur les services de santé et les services sociaux

Le processus d'examen des plaintes prévu par la nouvelle L.S.S.S.S. est beaucoup plus élaboré. Une structure formelle est mise sur pied. Cette structure comporte trois paliers: l'établissement, la régie régionale et enfin le commissaire aux plaintes (ci-après appelé le «commissaire»).

L'usager qui veut porter une plainte doit d'abord s'adresser à l'établissement, sauf s'il est usager d'une ressource de type familial¹⁶, d'un

-
12. Voir notamment: *Services de santé et services sociaux - 4* [1988] C.A.S. 603 ; *Services de santé et services sociaux - 11* [1989] C.A.S. 923.
 13. *Loi sur la Commission des affaires sociales*, précitée, note 11, art. 38; *Loi sur les commissions d'enquêtes*, L.R.Q., c. C-37 (ci-après citée: «L.C.E.»).
 14. *Loi sur la Commission des affaires sociales*, précitée, note 11, art. 25.
 15. Voir les articles 39 à 41 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, précitée, note 11. Notons que la Commission des affaires sociales doit présenter une preuve et convaincre la Cour supérieure. L'homologation n'est pas automatique.
 16. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 310 à 314.

organisme communautaire¹⁷ ou d'une résidence agréée aux fins de subventions¹⁸. Dans ces cas, l'utilisateur adresse sa plainte directement à la régie régionale¹⁹.

2.1 - La compétence

Sous la nouvelle L.S.S.S.S., l'utilisateur peut porter plainte «...sur les services qu'il a reçus ou aurait dû recevoir de l'établissement». Les plaintes concernant un acte médical, dentaire ou pharmaceutique sont spécifiquement exclues de ce processus²⁰. Ces dernières continuent à être traitées par le Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens (C.M.D.P.) qui formera un comité de discipline le cas échéant²¹. Ajoutons qu'un utilisateur peut aussi se plaindre de l'exercice d'une fonction de la régie régionale²².

Les difficultés d'interprétation relatives à la compétence, soulevées par le libellé de la disposition de l'ancienne L.S.S.S.S., sont donc éclaircies. Il est maintenant clair qu'une plainte peut porter sur des soins ou services reçus et non pas seulement sur le refus de donner des soins ou des services.

2.2 - Le processus d'examen des plaintes

2.2.1 - La plainte déposée auprès de l'établissement et de la régie régionale

La loi exige des trois instances qu'elles établissent une procédure interne d'examen des plaintes devant permettre à l'utilisateur de «présenter ses observations». L'établissement avait jusqu'au 1^{er} avril 1993 pour se conformer à cette obligation²³. Cette exigence a l'avantage de permettre à l'utilisateur de savoir comment procéder et d'assurer un traitement uniforme pour tous les cas au sein d'un même organisme. Cependant, aucun contenu minimum n'est précisé. De ce fait, on peut prévoir que la façon de procéder et l'étendue du droit de «présenter ses observations» varieront passablement d'un organisme à l'autre. Le droit de «présenter ses observations» peut prendre diverses formes. Dans certains cas, on pourrait permettre uniquement une représentation écrite alors que dans d'autres, il pourrait y avoir audition ou possibilité de faire des représentations verbales.

17. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 334 à 338.

18. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 454 à 462.

19. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 72.

20. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 31, tel que modifié par la *Loi modificatrice de 1992*, précitée, note 7, art. 68 qui ajoute l'art. 619.2(6).

21. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 38.

22. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 53.

23. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 68. *Loi modificatrice de 1992*, précitée, note 7, qui ajoute l'art. 619.2.

La nouvelle législation prévoit la nomination d'un cadre supérieur par l'établissement ou la régie régionale pour veiller à l'application du processus d'examen des plaintes²⁴.

Au niveau de l'établissement, la plainte de l'utilisateur peut être écrite ou verbale, mais seule une plainte écrite permettra de s'adresser à la régie régionale. Il est donc préférable pour l'utilisateur de faire une plainte écrite. Le cadre chargé de l'application du processus de plainte a d'ailleurs l'obligation d'en informer l'utilisateur²⁵.

Lorsqu'une plainte est faite au cadre de l'établissement ou de la régie régionale, celui-ci doit aviser l'utilisateur de la date de la réception de la plainte. Cette obligation est importante puisque le cadre doit rendre ses conclusions dans les soixante jours de la réception de la plainte²⁶. À défaut de le faire, il est réputé avoir transmis des conclusions négatives à l'utilisateur²⁷, ce qui permettra à celui-ci de s'adresser à la régie régionale ou au commissaire²⁸.

L'utilisateur peut s'adresser à la régie régionale ou au commissaire lorsque le cadre a transmis des conclusions négatives, celui-ci étant réputé l'avoir fait en vertu des dispositions précitées ou lorsque la plainte a été rejetée de façon sommaire comme étant frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi²⁹.

On constate que seul l'utilisateur ou la personne qui se plaint du service reçu à propos d'une ressource visée à l'article 72 ou d'une régie régionale peut porter plainte auprès du commissaire. Un établissement ne pourrait donc pas, si la régie régionale donnait raison à l'utilisateur, s'adresser au commissaire.

2.2.2 - La plainte déposée auprès du commissaire

La plainte adressée à la régie régionale ou au commissaire doit toujours être écrite.

Le dernier palier de ce nouveau processus est le commissaire. Ce dernier palier diffère des deux précédents sous plusieurs aspects.

24. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 29 à 43.

25. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 33.

26. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 35 à 49 et 75.

27. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 36 à 50.

28. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 42 à 56.

29. *Id.*

Le commissaire est nommé par le gouvernement pour une durée d'au plus cinq ans³⁰. Aux yeux d'un usager, il apparaît peut-être comme un interlocuteur plus neutre que les deux précédents. Mais c'est surtout en raison des pouvoirs qui lui sont accordés qu'il s'en distingue vraiment.

Un établissement n'a aucun pouvoir particulier pour examiner une plainte. La loi prévoit par ailleurs l'obligation pour tout usager ou tout établissement de fournir au cadre supérieur de la régie régionale les renseignements nécessaires à l'examen d'une plainte. Obligation est faite à celui-ci d'assister à toute rencontre convoquée par le cadre supérieur, à moins d'excuse valable³¹. Le défaut de respecter ces obligations pourrait entraîner une amende³². Semblables obligations de collaborer existent aussi lorsqu'il s'agit d'une enquête du commissaire.

Le commissaire bénéficie cependant de pouvoirs beaucoup plus étendus. La loi indique que l'examen de la plainte peut donner lieu à une enquête si le commissaire le juge à propos et, qu'à cette fin, il est investi de l'immunité et des pouvoirs prévus par la *Loi sur les Commissions d'enquête*³³, à l'exception du pouvoir d'imposer l'emprisonnement³⁴.

Le commissaire peut donc assigner des témoins et les contraindre à déposer tous papiers, documents ou écrits qu'il jugera nécessaire³⁵. Une personne qui refuse de témoigner ou de déposer des documents est passible de la même peine que la personne qui commet un outrage au tribunal. Dans le cadre de son enquête, et «afin de découvrir la vérité», le commissaire peut aussi recourir à tous moyens légaux qu'il juge les meilleurs³⁶.

La nouvelle loi ne précise pas dans quel délai le commissaire doit transmettre ses recommandations. Elle indique seulement qu'il doit le faire avec diligence³⁷.

-
- 30. Nouvelle *L.S.S.S.S.*, précitée, note 2, art. 55 à 63.
 - 31. Nouvelle *L.S.S.S.S.*, précitée, note 2, art. 47.
 - 32. Nouvelle *L.S.S.S.S.*, précitée, note 2, art. 531 à 532.
 - 33. Précitée, note 13.
 - 34. Nouvelle *L.S.S.S.S.*, précitée, note 2, art. 56.
 - 35. *L.C.E.*, précitée, note 13, art. 9.
 - 36. *L.C.E.*, précitée, note 13, art. 6.
 - 37. Nouvelle *L.S.S.S.S.*, précitée, note 2, art. 62.

2.3 - Les recommandations finales

Les recommandations du commissaire sont transmises à l'utilisateur et à l'établissement. Mais, qu'advient-il des recommandations du commissaire? Que peut faire un usager si l'une des recommandations du commissaire n'est pas suivie?

Aucune sanction spécifique n'est prévue au cas où une recommandation du commissaire serait ignorée et l'exécution ne peut en être forcée. Le pouvoir du commissaire se limite à la persuasion et au rapport qu'il doit transmettre au ministre une fois par année ou lorsque ce dernier le demande³⁸. Soulignons que l'établissement doit aussi transmettre son rapport relatif à l'application du processus d'examen des plaintes à la régie régionale, une fois par année. Ce rapport doit notamment indiquer les suites qui ont été données aux plaintes après leur examen³⁹.

De même, la régie régionale transmet un rapport annuel au ministre. Ce rapport fait état de l'ensemble des rapports des établissements⁴⁰.

3 - L'utilité d'un commissaire

En l'absence de moyens pour faire exécuter les recommandations du commissaire, n'aurait-il pas mieux valu attribuer au Protecteur du citoyen le mandat d'examiner ces plaintes? Donner ce mandat au Protecteur du citoyen en modifiant la compétence qui lui est attribuée en vertu de la *Loi sur le Protecteur du citoyen*⁴¹ ne serait pas utile.

Pour la conduite de ses enquêtes, le Protecteur du citoyen dispose des mêmes pouvoirs que le commissaire, soit ceux prévus par la *Loi sur les Commissions d'enquêtes*⁴².

Si l'une des recommandations du commissaire n'est pas suivie, le Protecteur du citoyen ne peut pas non plus en forcer l'exécution. Il peut en aviser le Gouvernement et exposer la situation dans un rapport spécial ou dans

38. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 70.

39. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 68.

40. Nouvelle L.S.S.S.S., précitée, note 2, art. 69.

41. L.R.Q. c. P-32, ci-après citée «L.P.C.».

42. L.P.C., précitée, note 41, art. 25.

son rapport annuel⁴³. Il peut aussi commenter publiquement un rapport qu'il a soumis à l'Assemblée nationale ou une intervention qu'il a faite⁴⁴.

Les pouvoirs du commissaire et du Protecteur du citoyen sont à peu de choses près les mêmes. Toutefois, n'aurait-il pas été plus avantageux d'avoir recours à un intervenant déjà en place plutôt que d'en créer un autre?

CONCLUSION

Le processus d'examen des plaintes implanté par la nouvelle L.S.S.S.S. comporte une instance de plus qu'auparavant compte tenu qu'il n'existait aucun processus formel au sein des établissements⁴⁵.

Ce processus plus formel au sein des établissements et de la régie présente certains avantages, tel un délai assez court pour prendre une décision, une uniformité de traitement au sein d'un même organisme et une certaine publicité entourant la procédure. Toutefois, avec la mise sur pied d'un processus formel visant à permettre à l'usager de présenter ses observations et l'ajout d'un palier, on peut craindre un alourdissement des procédures.

Mais c'est la création d'un commissaire aux plaintes qui est davantage critiquable. Pourquoi remplacer la commission des affaires sociales, qui pouvait forcer l'exécution de ses décisions par homologation, par un commissaire qui ne dispose que d'un pouvoir de recommandation? Vraisemblablement dans le but de permettre un traitement plus rapide de la plainte, mais à quel prix? Dans la pire des hypothèses, un usager pourrait traverser trois instances, se voir donner raison devant le commissaire, pour constater finalement que toutes ces démarches ne changeront rien à sa situation.

43. *L.P.C.*, précitée, note 41, art. 27.

44. *L.P.C.*, précitée, note 41, art 27.4.

45. Sauf pour les actes médicaux, dentaires ou pharmaceutiques.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE LA LÉGITIMITÉ DU RÈGLEMENT ALTERNATIF DES CONFLITS

Auteur(s) : Louis MARQUIS

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 251-265

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13381>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13381>

Page vide laissée intentionnellement.

CHRONIQUE: RÈGLEMENT ALTERNATIF DES CONFLITS

Note préliminaire

Les méthodes alternatives de règlement des conflits sont de plus en plus jugées intéressantes tant pour les justiciables que pour le système judiciaire lui-même. Leur application ne va cependant pas sans problème, tant au niveau théorique qu'au niveau pratique. L'intérêt pour ces nouvelles méthodes suppose, en effet, la remise en question de quelques-unes des caractéristiques tenues pour essentielles dans l'état actuel de notre système judiciaire.

À l'automne 1992, la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke s'est engagée dans le débat par la tenue de trois séminaires ayant pour thème général : «Le droit en relation avec le règlement judiciaire et déjudiciarisé des conflits».

Ce forum, multidisciplinaire, regroupait des participants provenant du droit, de la sociologie et du travail social. L'approche thématique générale ne visait pas une initiation aux méthodes ou un tour d'horizon de leurs usages actuels, encore moins une formation technique à l'une ou l'autre d'entre elles. Au contraire, l'objectif poursuivi concernait les enjeux que leur extension au droit pose aujourd'hui et les diverses positions qui peuvent être prises à leur égard. Les thèmes abordés ont porté sur :

- la problématique de l'accessibilité à la justice et le développement des méthodes alternatives de règlement des conflits;
- la notion de pluralisme juridique et le développement de nouvelles voies au règlement des conflits : le cas de l'anthropologie et de la sociologie du droit;
- le règlement déjudiciarisé et les pratiques professionnelles : problématiques et perspectives d'avenir.

Les deux exposés qui suivent ne cherchent pas à faire ressortir les avantages ou les difficultés rencontrées, qui sont fréquentes dans les échanges interdisciplinaires, mais proposent plutôt d'initier le lecteur aux méthodes alternatives afin d'en faire comprendre le sens et la portée. Quoique centrés sur la question du pluralisme, ils expriment tous deux un point de vue disciplinaire particulier.

L. Marquis

DE LA LÉGITIMITÉ DU RÈGLEMENT ALTERNATIF DES CONFLITS

par Louis MARQUIS*

C'est à titre de juriste que l'auteur explique pourquoi il s'avère préférable d'analyser le phénomène du règlement alternatif des conflits sur la base du pluralisme juridique plutôt qu'en fonction du monisme juridique. Aussi, favorisant le recours à l'empirisme comme méthode de découverte de la potentialité du règlement alternatif, il expose les principales difficultés que cette méthode d'analyse soulève relativement aux juristes.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	255
A- De la légitimité du règlement alternatif des conflits	256
a- Le droit étatique : un ordre juridique perméable à d'autres ordres juridiques	256
b- Une légitimité pouvant exister même dans l'incompatibilité	261
B- L'empirisme comme méthode de découverte de la potentialité du règlement alternatif	262
CONCLUSION	265

*, Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Différents champs d'activité humaine (famille, travail, école, etc.) contribuent à faire de la société ce qu'elle est. Chacun s'accompagne d'un corps plus ou moins défini et perceptible de règles qui orientent les rapports entre ses membres, et s'en remet à une structure également plus ou moins définie et perceptible pour le règlement des conflits auxquels il se trouve confronté. Un des éléments à la fois visible et invisible de ces corps et de ces structures est le droit étatique. Dans certains cas, sa spécificité ressortira bien clairement, alors qu'en d'autres circonstances elle sera plus diffuse ou, encore, carrément absente¹. Les autres circonstances que nous venons d'évoquer réfèrent à ce que nous désignons comme étant le règlement alternatif des conflits, c'est-à-dire le règlement atteint autrement que par un appel direct aux normes et au processus propres au droit étatique².

Si, en face d'un ensemble social envisagé dans toute sa globalité, le règlement alternatif des conflits peut tirer une légitimité³ notamment de la fréquence avec laquelle il intervient, il n'en va pas nécessairement de même lorsqu'il est évalué en regard de la logique systémique qui caractérise le droit étatique. En effet, le système dont il est ici question demeure en bonne partie soumis, pour des raisons historiques et philosophiques, à une conception dont le caractère moniste a été justement décrit par MacDonald⁴. En bref, cette conception repose sur une équation d'identification du droit à l'État et de supériorité des normes et de la procédure du système juridique de l'État. Dès lors, le règlement alternatif, confronté à ce droit étatique qui prend des allures d'un tout autonome et indépendant de la réalité qui l'entoure, se trouve contraint à la précarité. Or, à l'heure où divers intervenants de la sphère juridique étatique manifestent leur volonté⁵ de puiser dans le phénomène du règlement alternatif

-
1. Par exemple, le conflit réglé devant un tribunal étatique permet au droit étatique, tant sur le plan normatif que procédural, de se montrer avec évidence, alors qu'il s'effacera, du moins en apparence, dans le contexte d'une discussion entre parents et enfants relative à l'heure du coucher de ces derniers.
 2. Nous avons formulé une définition très ample du règlement alternatif des conflits de façon à tirer de ce phénomène le plus d'informations possible. Elle couvre les situations dépourvues de la présence du droit étatique comme celles où son impact sur le règlement du conflit n'est qu'indirect et elle vise autant la procédure que les normes de fond suivies lors du règlement. Pour des illustrations de ce type d'intervention, voir Eisenberg, «Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rule-making» (1976) 89 *Harvard Law Review* 637; Mnookin et Kornhauser, «Bargaining in the Shadow of the Law» (1979) 88 *Yale Law Journal*, 950.
 3. Le terme légitimité est entendu ici dans le sens de ce qui est raisonnable, juste.
 4. R.A. MacDonald, «Access to Justice and Law Reform» (1990) 10 *Windsor Yearb. Access Justice* 287. Aussi, R. Samek, «A Case for Social Law Reform» (1977) 55 *Can. Bar. Rev.* 409.
 5. Volonté exprimée notamment par la création, en juillet 1989, du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice par le ministère de la Justice du Québec. Le rapport de ce groupe a été rendu public en décembre 1991 sous le titre «Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice».

quelques solutions à la problématique actuelle de l'accessibilité à la justice⁶, il nous paraît de première importance, afin d'optimiser les retombées d'un tel exercice, de l'orienter fondamentalement vers une autre vision des choses, une vision qui confèrera au règlement alternatif une légitimité de principe non plus seulement socialement, mais également vis-à-vis du droit étatique. Les prochaines lignes veulent d'abord esquisser comment, par l'entremise de deux idées articulées à partir de la théorie du pluralisme juridique, il s'avère possible de prétendre au bien-fondé d'une telle légitimité (A). Ensuite, nous exposerons la nécessité de faire des recherches empiriques pour découvrir la potentialité du règlement alternatif (B). Enfin, nous ne manquerons pas de souligner, à travers ces propos, quelques difficultés idéologiques et méthodologiques que cette question soulève chez les juristes.

A- De la légitimité du règlement alternatif des conflits

a- Le droit étatique : un ordre juridique perméable à d'autres ordres juridiques

La première étape vers la reconnaissance d'une légitimité au règlement alternatif des conflits consiste à délaisser l'idéologie moniste au profit d'une conception dans laquelle, d'une part, l'État n'apparaît plus comme le seul agent de création du droit (i) et où, d'autre part, le droit d'origine étatique demeure en tout temps ouvert aux influences extérieures de diverses provenances (ii).

En soi, cette idée rejoint des considérations propres à la théorie du pluralisme juridique⁷. Celle-ci, à la base, présume qu'il existe une multiplicité d'ordres juridiques au sein de toute société⁸. Le qualificatif «juridique» n'est plus entendu dans son sens second de relatif au droit étatique mais plutôt dans sa signification première de relatif à la justice. Cette théorie repousse donc l'idée d'un centralisme juridique dont l'acteur principal est l'État. Au contraire, elle suppose que ces divers ordres juridiques sont interdépendants et animés par un phénomène d'inter-normativité qui se manifeste de toutes les façons⁹. Ainsi, les champs d'activité humaine auxquels nous référerions en introduction constitueraient d'autant d'agents de production d'une normativité juridique qui

6. Nous parlons ici d'accessibilité à la justice au sens large, sans référence exclusive à la portion de la justice administrée par l'État.

7. Les lignes qui suivent sont inspirées de N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991 aux pp. 120-169. Pour quelques études moins récentes, mais fort instructives, voir S.F. Moore, «The Semi-Autonomous Social Field, an Appropriate Subject of Legal Study» (1973) 7 *Law and Society Review*; J. Griffiths, «What is Legal Pluralism» (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

8. S. Merry, «Legal Pluralism» (1989) 22 *Law and Society Review* 869.

9. G. Teubner, «Rethinking Legal Pluralism» (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1443; J. Carbonnier, «Les phénomènes de l'internormativité» (1977) *Europ. Yearb. on Law and Socio* 42.

viendrait agir sur le droit créé par l'État¹⁰. L'ordre juridique étatique ne serait donc pas le seul à exister et son contenu substantiel serait constamment influencé par les autres ordres environnants. De ces prémisses, on conclura que la détermination des sources et du rôle joué par un ordre juridique donné nécessite son décloisonnement et l'examen de ses réactions en rapport avec les normes en vigueur dans les cadres juridiques voisins. En effet, ces normes ou données, qui sont à la source de la dynamique d'inter-normativité, feront ressortir les limites propres à chaque ordre juridique, de par le contrôle réciproque qu'elles exercent sur l'amplitude de chacun. L'État agira sur les ordres juridiques environnants, en les tolérant, les encourageant ou les combattant et inversement, ces derniers détermineront jusqu'où l'État peut aller¹¹. Ultimement, on se retrouve avec une définition fonctionnelle du droit : il serait ce que tous ou certains des groupes d'une société « considèrent comme indispensable à sa cohérence et à sa reproduction »¹².

Avant d'aller plus loin, il importe de réaliser que nous n'en sommes, avec la démonstration synthétique qui précède, qu'à l'étape de conceptualisation des choses et qu'il n'y a pas lieu de rester à ce niveau pour fonder la justesse de la première idée que nous avons avancée (a), avec comme modèle de référence le pluralisme juridique, par rapport aux conséquences résultant de l'application du monisme juridique. En effet, théorie pour théorie, pluralisme et monisme relèvent d'une construction de l'esprit et, sur cette base, toutes deux sont probablement défendables, tant elles reposent sur une certaine logique interne. En d'autres mots, s'il y a avantage à mettre de côté le monisme au profit du pluralisme parce que ce dernier traduit plus exactement la nature du monde qui nous entoure tout en procurant au règlement alternatif la légitimité dont il a besoin pour que les juristes, en particulier, s'en inspirent pleinement, il faudra justifier cette prise de position autrement qu'à partir de données artificielles, c'est-à-dire plutôt en fonction de celles qui appartiennent à une réalité sociale observable. En l'occurrence, il s'avère possible de puiser cette indispensable source de concret, d'effectif, à deux endroits différents, selon que l'on envisage la première ou la seconde branche de l'idée formulée en a).

Quant à la première branche, qui postule que l'État ne constitue pas l'unique agent créateur de droit (i), il apparaît opportun de se tourner vers l'anthropologie juridique de la modernité développée par N. Rouland¹³. La vision de ce dernier se veut le fruit de réflexions et d'expérimentations destinées à mieux comprendre les sociétés actuelles à partir du vécu des sociétés traditionnelles. Réduite à ses présupposés les plus immédiatement applicables

10. P. Fitzpatrick, «Law and Societies» (1984) 22 *Osgoode Hall L.J.* 115.

11. P. Amserek, «Le droit dans les esprits» dans P. Amserek et C. Grzegorzcyk, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P.U.F., 1989.

12. N. Rouland, *supra*, note 7, à la p. 138.

13. *Supra*, note 7, p. 77-119.

à notre exposé, elle s'articule autour d'une relativisation du mérite de l'État, sous-jacent au monisme juridique, en tant que meilleur rempart contre la violence ou, agent pacificateur des rapports sociaux. Rouland a d'abord démontré comment les sociétés modernes échappaient à l'emprise de la réalité en faisant de la vengeance sauvage un trait dominant des sociétés traditionnelles. Cette vengeance existait, il est vrai, mais seulement sur une base exceptionnelle. En fait, la vengeance seule n'était qu'une modalité du système vindicatif dont le dénouement se trouvait dans la réconciliation des parties opposées. Mais, plus important encore, il a remis en cause la théorie évolutionniste en vertu de laquelle la vengeance constituait une caractéristique fondamentale des sociétés traditionnelles, qui ne réussirent à s'en libérer que par l'octroi d'un monopole de la force publique entre les mains de l'État. Au contraire, le scientifique s'estime incapable d'établir une corrélation automatique entre la centralisation et la complexification politique des sociétés modernes et le désagrègement du système vindicatif, relation qui serait à l'origine de la paix actuelle, dont on connaît pertinemment le caractère inachevé. Les facteurs explicatifs de la paix tiendraient davantage à l'organisation familiale et socio-économique à laquelle, de toute évidence, contribue l'État, sans pour autant en être le seul maître d'oeuvre. D'autres forces, produites par des cellules sociales plus ou moins bien définies et agissant de façon plus ou moins coordonnée, jouent également un rôle certain en ce sens. D'où l'idée de voir dans ces cellules sociales autant d'ordres juridiques, dont le nombre et les rapports amènent à conclure à l'existence d'un pluralisme juridique.

L'analyse de Rouland s'auto-suffit. Mais, dans le contexte actuel, il lui manque peut-être un élément pour convaincre le juriste. En effet, ce dernier, habitué à côtoyer un droit étatique teinté d'autonomie, de rationalité et d'universalité et dont la portion légiférée a connu un développement accéléré ces récentes années, pourrait être tout naturellement tenté de voir dans ces caractéristiques formelles et cette force d'attraction de l'ordre juridique étatique le signe que les sociétés modernes sont essentiellement monolithiques. Pour refouler cette tentation, il nous faut dire au juriste, inspiré de Rouland, qu'au-delà des apparences projetées par le système de droit de l'État, se dissimule une réalité sociale, à la fois plurale et multiforme, car remplie de revendications et de rapports aussi divers les uns que les autres.

Pour appuyer concrètement la seconde branche de l'idée de base de cette sous-section, relative à la perméabilité du droit étatique (ii), il est intéressant de constater que l'on peut s'en remettre à l'évolution récente, dans le contexte de la société québécoise, d'un domaine qui participe du mouvement de règlement alternatif des conflits, soit l'arbitrage conventionnel¹⁴. Au début des années

14. Pour de plus amples détails sur cette évolution, voir L. Marquis, «Le droit québécois et le droit français de l'arbitrage conventionnel» dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Yvon Blais, 1993, p. 447, aux pp. 458 à

soixante, le visage juridique de l'arbitrage conventionnel était celui d'une institution sans issue vraisemblable d'épanouissement, résultat d'une mentalité judiciaire réfractaire à ce mode de règlement. Cependant, de la transformation progressive de la société québécoise, consécutive à la Révolution tranquille, émergèrent des conditions nouvelles qui mirent en relief l'état de sous-développement du droit de l'arbitrage conventionnel et qui provoquèrent son renouvellement. Ainsi, sur le plan international, le Québec n'avait établi, jusqu'à cette époque, qu'un nombre restreint de liens d'affaires avec d'autres pays et la mobilité de sa population s'avérait relativement faible. Une exception existait à cet égard, celle des États-Unis. L'étroite relation entretenue par le Québec avec ce partenaire commercial avait permis aux intéressés de s'adapter à l'absence de juridiction internationale de droit privé et à l'inadéquation des régimes respectifs de droit interne à la spécificité du commerce trans-frontalier, facteurs reliés de près à l'essor de l'arbitrage ailleurs dans le monde. Cependant, l'intensification et la diversification de l'activité économique internationale du Québec amenèrent le législateur québécois à intervenir de façon à doter l'arbitrage conventionnel d'un régime qui le rende apte à répondre aux besoins et exigences de l'heure¹⁵. En l'occurrence, donc, le droit étatique, loin d'évoluer en vase clos, réagissait à son environnement dans le contexte de son élaboration par le législateur.

Par contre, la perméabilité du droit étatique ne s'arrête pas là. Celle-ci existe aussi dans le cadre de son application par les tribunaux. Poursuivant notre raisonnement en conservant l'exemple de l'arbitrage conventionnel, il convient d'ajouter que la réforme législative de celui-ci, réalisée en 1986, s'articulait autour de trois principes¹⁶ : reconnaissance des dimensions contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage, collaboration étendue entre les juridictions arbitrale et étatique, et simplification du système d'homologation et d'exécution des sentences arbitrales. Plus spécifiquement, l'un des faits marquants de la réforme, quant au fondement conventionnel de l'arbitrage, provint de l'insertion de la convention d'arbitrage dans la catégorie des contrats nommés du Code civil. La convention d'arbitrage sortait, par conséquent, de la catégorie des matières d'exception dans laquelle le droit antérieur l'avait placée et elle imposait à l'interprète une lecture large et libérale de son contenu. Dans un arrêt récent, rendu dans l'affaire *Condominiums Mont St-Sauveur c. Constructions Serge Sauvé Ltée*¹⁷, la Cour d'appel a référé à ce qui précède pour justifier le fait que l'arbitrage ne soit plus considéré au titre d'une dérogation au droit commun, mais là ne résidait pas la totalité de sa motivation. Comme argument final, elle s'autorisa «d'un courant social identifié»¹⁸ d'ouverture envers l'arbitrage et le

467.15. *Id.*, p. 468 (et les références indiquées aux notes 123 et 124).16. *Id.*, pp. 470-475.

17. [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

18. *Id.*, p. 2786 (juge Monet).

règlement alternatif. C'est dire comment le droit étatique peut, dans son application, interagir avec les mouvements sociaux.

Résumons la présente partie par un constat. L'État ne détient pas le monopole de la création du droit. Il partage ce rôle avec d'autres entités, qualifiées d'ordres juridiques dans une conception pluraliste du droit. Dans la mouvance sociale, l'ordre juridique étatique se transforme en fonction des forces en présence dans les ordres juridiques environnants, soumis au règlement alternatif des conflits, car il leur est perméable. Dès lors, le règlement alternatif, en tant que facteur d'évolution du droit étatique, acquiert très certainement une légitimité de principe à son égard.

b- Une légitimité pouvant exister même dans l'incompatibilité

La conclusion qui précède peut rapidement devenir embarrassante du moment que l'on constate que relativement à une situation donnée, l'action du règlement alternatif entraîne un résultat différent de celui découlant de l'application de la norme juridique étatique pertinente dans les circonstances. Il ne faut pas se méprendre sur la fréquence de telles situations. Celles-ci sont nombreuses et leur degré d'incompatibilité avec le droit étatique est variable. Au plus haut degré, la question à se poser est la suivante : le passage d'un fait social du statut de légal à celui d'illégal lui retire-t-il nécessairement sa légitimité? En d'autres mots, le règlement alternatif qui s'avère incompatible ou qui déroge au droit étatique, impératif ou pas, est-il automatiquement illégitime? Pour répondre adéquatement à l'interrogation, il faut d'abord reconstituer la provenance de l'illégalité. Sous un angle pluraliste¹⁹, le point de départ sera d'envisager que la relation entre le droit étatique et la société s'insère à l'intérieur d'un mouvement d'interaction auquel participe plusieurs ordres juridiques. Produit de leurs actions réciproques respectives, une dynamique liera ces ordres juridiques : une uniformité jamais autrement que partielle du contenu de chacun en résultera. C'est dire que la norme élaborée par l'État sera toujours susceptible d'être interprétée diversement, dépendamment de l'ordre juridique d'où se place l'interprète et, en conséquence, de motiver chez lui telle ou telle pratique. L'idée de motivation permet, ici, de rejoindre la vision sociologique de Weber sur le droit étatique, qui consiste à le voir comme «un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme»²⁰.

Donc, qu'arrive-t-il de la légitimité d'une action ou d'une pratique dérivée du règlement alternatif lorsqu'elle est incompatible avec la norme juridique étatique? Dans une optique moniste du droit, où la dérogation à la loi

19. N. Luhmann, «Operational Closure and Structural Coupling : The Differenciation of the Legal System» (1992) 13 *Cardozo Law Rev.* 1419; B. de Sousa Santos, «On Modes of Production of Law and Social Power» (1985) 13 *Int. J. Soc. L.* 299.

20. Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 321.

est considérée comme un phénomène pathologique, elle serait battue en brèche : ici, l'illégalité implique l'illégitimité. Une telle légitimité pourra toutefois se maintenir selon que l'on envisage les choses à partir du prisme du pluralisme juridique, en raison de la dimension adaptative que cette théorie confère à la notion d'infraction, indépendamment de la nature de la norme concernée. Ici, l'illégalité peut laisser place à la légitimité dans la mesure où elle permet à la norme, par exemple celle d'origine étatique, de s'harmoniser avec le milieu²¹. De fait, pour peu qu'une attention soit portée à la réalité sociale actuelle, celle-ci montrera que le droit produit par l'État tire une partie de ses transformations de phénomènes qui, dans le temps, peuvent avoir existé sous un couvert d'illégalité²².

B- L'empirisme comme méthode de découverte de la potentialité du règlement alternatif

Dès lors que la légitimité du règlement alternatif est acquise, il importe de ne pas se laisser emporter par elle, au risque d'en faire un dogme qui, à long terme, desservirait la cause de la justice. Plutôt, il faut utiliser cette donnée comme source d'éclairage afin de découvrir la juste interaction qui prévaut et devrait prévaloir entre le droit étatique et le restant du corps normatif social quant à la régulation des rapports entre les membres de la société et au règlement des conflits. Une partie de cette découverte peut probablement provenir d'études, réalisées par des juristes, de type essentiellement traditionnel, c'est-à-dire inspirées d'une démarche fondée sur une conception positiviste du droit étatique ou, encore, à partir de modèles de référence politiques, économiques et autres mais tout de même articulées principalement autour de l'expérience personnelle de leur auteur et des valeurs et opinions qui sont les siennes. L'utilité d'analyses du genre est incontestable, en raison de l'organisation des idées, fussent-elles relativement abstraites, qu'elles assurent. Les acteurs du monde juridique étatique, faut-il le rappeler, sont constamment en quête de raisonnements pour appuyer leurs dires et peuvent donc trouver là ce dont ils ont besoin. Cependant, ces études, dans une perspective de changement comme celle qui s'anime actuellement autour du règlement alternatif, connaîtront leurs limites dans l'absence de référence empirique qui les caractérise²³.

21. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, de favoriser ou d'encourager la commission d'infractions à la loi, mais simplement de promouvoir une interprétation de l'illégalité qui soit de nature à laisser voir, le cas échéant, la légitimité de la situation ou du geste dont il s'agit.

22. C'est dire que ces phénomènes ont acquis une légitimité, à un moment donné dans le temps, même s'ils demeuraient par ailleurs illégaux.

23. Pour un exemple d'analyse de ce type, voir L. Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne, 1985; J.-L. Bergel, «Informatique et légistique» D.1987.Chron. 171; *La science de la législation*, Travaux du Centre de philosophie du droit de Paris II, P.U.F., 1988.

Étayons ces remarques d'une brève illustration, applicable au thème sous étude. On a souvent l'impression, en écoutant le discours de ceux qui réclament l'intervention de l'État dans différents secteurs d'activités ou qui en appellent aux tribunaux pour des problèmes des plus variés, qu'ils s'attendent à ce que le droit étatique satisfasse à lui seul leurs revendications. Le droit étatique est pour eux, consciemment ou inconsciemment, une fin en soi. Pourtant, les propos que nous avons tenus jusqu'ici nous amène à penser qu'au contraire, la consécration d'une norme par le système juridique étatique ne représente qu'une étape dans ce qu'il convient de qualifier de recherche incessante de la justice. Nous plaçant au niveau des tribunaux, il faut dans un premier temps reprendre l'analyse de Bourdieu, pour qui:

«le champ judiciaire est l'espace social organisé dans et par lequel s'opère la transmutation d'un conflit direct entre parties directement intéressées en débat juridiquement réglé entre professionnels agissant par procuration et ayant en commun de connaître et de reconnaître la règle du jeu juridique»²⁴,

et y ajouter ce qui suit. Du moment que la partie du jeu juridique étatique est terminée, son issue se trouve immédiatement projetée au sein de l'espace social et, en conséquence, sujette au mouvement d'internormativité qui sous-tend ce dernier. Les effets espérés du droit étatique ne peuvent jamais découler que de lui seul : ils demeurent, en toutes circonstances, dépendants de la convergence en sa faveur des conditions sociales. C'est dire qu'une éducation à cette réalité serait susceptible de favoriser le développement d'une certaine maturité individuelle et collective face à ce que l'on peut s'attendre du droit étatique et de faire comprendre pourquoi «la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité»²⁵. Ce qui vient d'être dit ressemble au genre d'analyses que nous évoquions il y a un instant : des commentaires qui peuvent inspirer l'esprit, être tenus pour avérés par l'interprète, mais qui en aucun temps suffiront à expliquer précisément les raisons qui ont rendu le droit étatique efficace et efficient dans un cas et pas dans l'autre. Il devient alors nécessaire d'aller plus loin que la simple constatation, afin d'interroger directement les pratiques. Cela revient à dire, en l'occurrence, de procéder à l'évaluation de la formation et de la mise en oeuvre des normes afin d'identifier la place actuelle et potentielle, avec les adaptations requises, du règlement alternatif des conflits.

24. P. Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique» (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3, à la p. 10.

25. J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6^e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 136.

Défi passionnant, il n'en est pas moins un de taille. D'abord pour le juriste, car l'observation empirique n'appartient pas à sa culture générale²⁶. Les difficultés inhérentes à ce procédé scientifique sont donc accentuées à son égard vu sa méconnaissance et son inhabileté vis-à-vis de la méthode. Pour celui-ci, accéder aux terrains, réaliser des observations significatives et interpréter le résultat de ces enquêtes constituent autant de repoussoirs à l'analyse empirique parce que synonymes d'inconnu. La maîtrise de ces actions est pourtant fondamentale car c'est par son entremise que la reconstruction des trajectoires d'informations qui orientent le comportement s'avère possible. Autrement, le juriste risque d'être aveuglé par la force symbolique associée au droit étatique, laquelle provient de ses dimensions universelle, logique et formelle. Ceci ne signifie pas que cette force n'existe pas. Au contraire, elle est facilement. Mais il est naturel que celui qui se trouve au coeur de ce champ d'activités risque de lui prêter davantage de vertus qu'elle n'en a vraiment dans les faits. Le défi est également d'importance pour l'observateur en général. La difficulté réside ici dans le fait que la compréhension des mécanismes de règlement des conflits requiert préalablement une identification du cadre d'action institué par les différentes formes et natures de normativité existantes. Or, la réalisation de cette opération dépend toujours directement du sens et des fonctions attribués à la normativité étudiée, soit deux éléments dont la «teneur indéçise»²⁷, du moins pour le droit étatique, n'est pas sans impliquer un souci particulier de minutie et de précision de la part de l'observateur dans la préparation de ses enquêtes.

Pourrait-on voir, dans les deux difficultés reliées à ce défi, un motif à la création d'une interdisciplinarité associant juristes et autres humanistes intéressés à tirer du phénomène du règlement alternatif les enseignements propres à rendre la justice plus accessible? Nul doute qu'une telle collaboration présente un grand intérêt. Cependant, sa faisabilité ne sera réelle qu'à la condition que chacun montre, à l'égard de l'autre, une ouverture d'esprit, de l'humilité quant à la plénitude de son savoir scientifique, et soit soucieux d'accepter, tel que l'a formulé Dechamps, «le regard de l'autre comme interrogation critique dont l'existence assure le développement scientifique de la pensée et non un quelconque désenchantement perturbateur, si ce n'est précisément perturbateur des croyances et des illusions»²⁸.

26. C'est encore Carbonnier qui disait : «On ne s'interroge pas sur l'utilité du droit. Puisqu'il a l'air d'avoir toujours existé, on présume qu'il rend des services», *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 252.

27. Expression tirée du titre d'un article de P. Amselk, «La teneur indéçise du droit» (1992) 26 *R.J. Thémis* 1.

28. I. Dechamps, «Fait et subjectivité. Réflexions sur la possibilité d'une interdisciplinarité droit - sciences humaines» (1992) 3 *Recherches sociologiques* 23.

CONCLUSION

L'état d'esprit dans lequel l'être humain envisage son environnement influe directement sur les perceptions qu'il entretient à son égard. En effet, l'attitude oriente la réflexion et, par conséquent, les actions qui en découlent. C'est la raison pour laquelle reconnaître une légitimité de principe au règlement alternatif des conflits vis-à-vis le droit étatique représente une étape d'un caractère fondamental pour les juristes intéressés à puiser là quelques solutions à la problématique actuelle d'accessibilité à la justice. Autrement, c'est-à-dire en interprétant le tout restrictivement, alors que de toutes façons il n'y a pas lieu de le faire, «l'optimisation des retombées» à laquelle nous faisons allusion en introduction ne saurait être atteinte.

Adopter cette conception du règlement alternatif ne va pas de soi pour le juriste. Nous l'avons évoqué, des considérations historiques et philosophiques confèrent au monisme juridique une capacité d'influence sur la mentalité juridique étatique encore bien tangible. Comme l'a observé Bourdieu,

«le corps des juristes a d'autant moins de mal à se convaincre que le droit trouve son fondement en lui-même (...) que la communis opinio doctorum qui s'enracine dans la cohésion sociale du corps des interprètes tend à conférer les apparences d'un fondement transcendantal aux formes historiques de la raison juridique et à la croyance dans la vision ordonnée de l'ordre social qu'elles produisent»²⁹.

Reste qu'il est de mise d'afficher un optimisme certain quant à un changement sur ce plan. Ici et là, et même à l'intérieur du système juridique étatique, on réclame des futurs professionnels de ce système qu'ils disposent d'une maturité et d'une culture qui les rendent aptes à traduire avec encore plus de justesse intellectuelle les enjeux et conflits sociaux sur ce terrain³⁰. C'est là un signe univoque d'une prise de conscience de l'idée voulant que l'ordre juridique étatique côtoie et soit perméable à d'autres ordres juridiques.

Aussi, cette mission d'éducation permettra-t-elle aux juristes d'envisager plus aisément, dans une optique de légitimité, le règlement alternatif des conflits, que tout ce dossier évitera la rhétorique et la dramatisation. À ce sujet, il faut avouer que le droit étatique a souvent été pris à partie ces dernières années, avec insuffisamment de nuances. On a, par exemple, trop insisté sur le seul développement quantitatif de la masse législative et réglementaire, sous-estimant «sa coïncidence avec la dissolution proprement juridique des règles,

29. *Supra*, note 23, p. 5.

30. Voir Honorable A. Lamer, Entrevue télé-diffusée avec M^{me} Denise Bombardier, Émission du 12 mars 1993 de «Raison Passion», Société Radio-Canada.

qui ne font souvent qu'entériner des normes définies et imposées par d'autres disciplines (...) Malgré les apparences, la norme juridique perd donc du terrain, parce que le droit lui-même est concurrencé par d'autres modes de régulation sociale, par d'autres techniques de gestion de la population, plus efficaces et plus opérationnelles»³¹.

Enfin, une résistance instinctive du juriste à la légitimité du règlement alternatif est normale car le monisme juridique offre ceci de confortant qu'il place son savoir au-dessus des autres savoirs, alors qu'une approche pluraliste lui fait perdre cette supériorité hiérarchique au profit d'une appartenance à un ensemble de savoirs. Mais la résistance ne saurait tenir, du moment qu'on réalisera comment le rayon d'action du juriste est infiniment plus large au sein d'une communauté de savoirs qu'en lieu et place d'un savoir unique et fermé.

Pour tout, la lucidité s'impose donc, question de rapprocher maximale-ment l'idéal de justice des frontières de la société d'aujourd'hui. Une lucidité dont sont empreintes certaines analyses actuelles³², ce qui laisse la porte ouverte à un univers rempli d'imagination et de créativité, véritables conditions du progrès.

31. D. Lochak, «Présentation», *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 5.

32. R.A. Macdonald, «Theses on Access to Justice» (1992) 7 *Windsor Yearb. Access Justice* 23; J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et Sociétés*, XVIII, 1, 1986, p. 11-32.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÈGLEMENT DÉJUDICIARISÉ : ENTRE LA FLEXIBILITÉ TECHNIQUE
ET LA PLURALITÉ JURIDIQUE

Auteur(s) : Claude NÉLISSE

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 269-280

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13390>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13390>

Page vide laissée intentionnellement.

**LE RÈGLEMENT DÉJUDICIARISÉ :
ENTRE LA FLEXIBILITÉ TECHNIQUE
ET LA PLURALITÉ JURIDIQUE**

par Claude NÉLISSE*

Comme sociologue intéressé particulièrement aux malentendus et aux compromis entre les univers professionnels et normatifs concurrents dans une même société, l'auteur centre son commentaire sur la double conception du pluralisme. Les méthodes alternatives peuvent être vues soit comme flexibilité technique dans le droit étatique (pluralisme judiciaire), soit comme interface entre cet ordre juridique étatique et les ordres juridiques infra-étatiques que l'État promeut, tolère ou combat selon les cas (pluralisme juridique).

SOMMAIRE

INTRODUCTION : un double principe de justice	271
I. LE DROIT ET LA FLEXIBILITÉ DES TECHNIQUES	272
A. La question de la portée réelle des méthodes alternatives	272
B. Le doute permanent à leur égard	274
C. Comment les prendre au sérieux?	275
II. LES ORDRES JURIDIQUES ET LEURS TRANSACTIONS	276
A. La difficile conceptualisation du pluralisme juridique	276
B. Chassé-croisé entre l'État et la société civile	280
CONCLUSION	282

*. Sociologue et professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION : un double principe de justice

Commençons par un rappel. La très grande majorité des conflits s'apaisent sans recours aux institutions de justice et aux professionnels du droit et la plupart des contrats s'exécutent sans contestation. De plus, l'appareil judiciaire n'a jamais eu - on le sait - le monopole du règlement des litiges¹. Il faut compter ici, d'un côté, avec les nombreux désistements et les règlements hors cour et, d'un autre côté, avec les formes de conciliation, de médiation et d'arbitrage. Sans oublier - nous y reviendrons - les nombreux règlements édictés par les juridictions disciplinaires dans les professions, les associations, les congrégations religieuses, les établissements publics ou privés.

Lorsqu'on parle de «méthodes alternatives de résolution de conflits»², la nouveauté - si on peut dire - n'est pas dans la découverte ou la mise au point de procédures extra-judiciaires inconnues jusqu'ici; mais bien dans la promotion de ces dernières par l'État et leur développement relatif par les professionnels du droit. Certaines pratiques ou méthodes ont certes été initiées par des groupes communautaires ou populaires comme c'est le cas, par exemple, des *Neighbourhood Justice Centers* aux États-unis et des Boutiques du droit ou des Cliniques juridiques dans les pays européens. Mais ces expériences, pour heureuses qu'elles soient, ne peuvent perdurer qu'en fonctionnant minimalement comme partenaire obligé des institutions étatiques.

Si notre observation précédente est exacte, il faudra bien admettre que les explications du développement de ces méthodes sont à rechercher d'abord dans les transformations du rapport entre l'État et le droit et non dans la seule évolution interne de l'institution judiciaire. En Occident, depuis une quarantaine d'années, avec la venue de l'État-Providence, un des principes essentiel qui structure ce rapport pourrait s'énoncer ainsi : tous les citoyens sont également situés et unis dans le respect d'un même droit.

-
1. La différence entre un conflit et un litige peut, en langage commun, s'énoncer ainsi : le conflit - comme opposition entre personnes ou entre une personne et la société - devient litige à partir du moment où la contestation d'une des parties ouvre la possibilité formelle d'un éventuel procès.
 2. Nous conservons l'expression «méthodes alternatives de résolution des conflits» parce qu'elle semble la plus commune et qu'elle est d'usage courant au Barreau du Québec. Néanmoins, pour diverses raisons trop longues à présenter ici, nous lui préférerions celle de «modes non juridictionnels de règlement des litiges».

Ce principe de justice lie - et confond, pourrait-on dire - deux composantes : l'existence d'une seule Loi pour tous et l'égalité recherchée de chacun face à elle. Néanmoins, selon l'une ou l'autre des composantes sur laquelle on met l'accent ou que l'on questionne, ce principe donne lieu à deux lectures ou deux interprétations concurrentes qui éclairent, chacune à leur manière, l'existence des méthodes alternatives de résolution des conflits.

I. LE DROIT ET LA FLEXIBILITÉ DES TECHNIQUES

A. La question de la portée réelle des méthodes alternatives

Dans une première interprétation on dira que le droit est UN, exclusif et homogène, comme l'État dont il est l'émanation spécifique, apte à exercer le contrôle sur la vie sociale, à rendre justice et à garantir la paix commune. Le seul droit est le droit officiel, celui que l'État édicte. C'est la Loi. Et l'égalité devant elle passe impérativement par la recherche incessante d'une accessibilité à la justice toujours plus effective.

Dans cette perspective, les méthodes alternatives sont des techniques dont le statut est fondamentalement équivalent aux techniques plus «traditionnelles». Les unes et les autres font partie d'une même justice. Les différences - marquées par leur degré de participation à l'idéal d'accessibilité - se jugeront au mérite, selon les circonstances et les contextes.

Il est légitime dès lors de leur poser, également aux unes et aux autres, la question de leur portée réelle : en quoi et pourquoi sont-elles précisément efficaces? Dans quelles conditions le sont-elles plus sûrement? (par exemple, selon les types de litiges, la disponibilité des ressources administratives, la nature des compétences humaines requises...). Le sont-elles au meilleur coût possible?. Quelles sont leurs limites?...

Ces questions font généralement l'objet de discussions et de débats, quelque fois âpres, mais souvent courts et peu soutenus. Un observateur un peu dégagé et extérieur³ constatera facilement que tous les acteurs du champ juridique (du ministère de la Justice aux praticiens) sont favorables à toutes ces méthodes et qu'ils ont chacun une idée plus ou moins arrêtée sur leur

3. Ce regard est le nôtre comme sociologue, non spécialiste du droit. Ce que nous allons dire dans les trois paragraphes suivants provient de la lecture de la grande majorité des documents produits au Québec sur ces méthodes depuis cinq ans et d'une trentaine d'entretiens (ou d'observations à la suite de discussions) avec des professionnels du droit appartenant à différents secteurs.

portée respective. Mais, par ailleurs, on peut constater aussi que cette idée est souvent générale : elle fait peu de distinctions selon le type de méthode employée et encore moins selon les contextes d'usage ou bien elle généralise à toutes les méthodes à partir de l'expérience limitée de l'une d'entre elles. Elle est aussi souvent «sommaire» et normative en reconnaissant que telle technique est bonne pour telle raison ou que telle autre est discutable pour telle autre raison. En plus, ces questions donnent rarement lieu encore à des controverses soutenues où les arguments, nombreux et précis, proviendraient d'expériences contrôlées, d'observations systématisées ou d'analyses scientifiques⁴.

B. Le doute permanent à leur égard

C'est qu'en fait le débat semble presque entendu : les méthodes de résolutions alternatives des conflits sont intéressantes.... si elles sont appliquées graduellement, avec modération et circonspection. Elles peuvent faire partie de la même palette d'outils que les procédures civiles les mieux établies. Mais c'est à l'aune de ces dernières que les premières seront comparées et jugées.

Elles seront ainsi toujours grevées d'un doute, aussi mince soit-il. Elles auront toujours à faire et à refaire la preuve de leur sérieux. Elles font certes partie intégrante de l'ordre du droit (sans quoi leur usage ne serait même pas envisageable) mais, à leur simple évocation, le juriste se pose immédiatement et un peu anxieusement la question de leurs places : «dans le droit» ou «hors du droit»⁵?

4. Il y a d'heureuses exceptions à cet état de fait. Les textes québécois retenus pour notre premier séminaire (voir, R.A. MACDONALD, «Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice?», (1992) 33 *C. de D.* 457; Y.-M. MORISSETTE, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice», (1991) 51 *R. du B.* 585), au-delà de leurs prises de position respectives, participent d'une démarche intellectuelle explicite et rigoureuse tout en exprimant clairement le souhait que des recherches plus systématiques soient entreprises en vue d'éclairer plus nettement les enjeux et débats. L'étude de Daniel MOCKLE, «Zéro contentieux. L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends», (1991) 51 *R. du B.* 45 en constitue une bonne et illustration.

5. «La transaction, comme la conciliation, le compromis ou la négociation, auxquels elle se trouve fréquemment associée, constitue une de ces activités sociales à la fois familière et étrange, dont chacun peut être amené à faire l'expérience, sans avoir conscience d'accomplir un acte juridique, et même souvent la conviction inverse d'effectuer une action fondamentalement sociale, hors de toute contrainte du droit (...) Il en résulte une représentation ambiguë de la transaction, catégorie à la fois «dans le droit», «hors du droit», voire «contre le droit» qui en fait un des procédés de règlement des conflits les moins étudiés...», Evelyne SERVERIN, Pierre LASCUMES et Thierry LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles: sujets et objets des transactions dans les relations*

Qu'un doute soit émis à l'égard de ces méthodes est, pour le sociologue, une attitude fondée. Mais le problème est de savoir sur quoi porte ce doute. En effet, on peut se demander, ainsi qu'on vient de le décrire au paragraphe précédent, si ces techniques offrent les mêmes garanties que les procédures «maîtresses» qui leurs servent d'étalon de mesure. La réponse, dans cette perspective, sera bien souvent négative : les nouvelles promues ne peuvent jamais être qu'une version plus ou moins affaiblie du modèle idéal. La tendance sera grande alors de leurs trouver une place «au bas de l'échelle» ou «en marge» du système. Ces «petites techniques» seront estimées bien bonnes... mais pour les «petites causes», pour la «justice du quotidien».

Le judiciaire s'en trouvera ainsi revalorisé : les tribunaux ne connaîtront plus alors - selon une rumeur de plus en plus accréditée dans les milieux judiciaires - que les dix ou quinze pour cent des litiges qui mériteraient «vraiment» de se retrouver devant eux. Dans ce cas, on pourra parler d'un système judiciaire «à deux vitesses» et les appréhensions fort bien formulées par un juriste comme le doyen Y.-M. Morissette ou un sociologue comme R.L. Abel sont à prendre au sérieux⁶. Pour ces derniers, les méthodes alternatives permettraient certes aux catégories les plus défavorisées de la population d'avoir plus facilement accès à la justice. Mais si cet accès ne vaut que pour les causes les plus banales, et selon des modalités appauvries, le remède serait pire que le mal : cette justice utiliserait simplement les moyens les plus souples de domination sur les plus faibles de notre société et s'exposerait par là à faire peser sur eux un contrôle étatique accru au lieu de restaurer de véritables relations communautaires.

C. Comment les prendre au sérieux?

Si on veut éviter la tendance précédente, il faudra cesser de faire porter le doute sur les seules méthodes alternatives pour lui préférer un regard plus objectif, comparatif et critique sur l'ensemble des procédures disponibles. Il faudrait alors se questionner plus largement - dans l'esprit de recherche souhaité plus haut - sur la valeur respective des diverses pratiques professionnelles, sur les différentes modalités de fonctionnement des institutions juridiques et plus globalement encore sur la mise en oeuvre sociale du droit.

6. *conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987, pp. 1-2.
Voir: Yves-Marie MORISSETTE, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice» (1991), 51 *R. du B.* 585; Richard L. ABEL, «Règlement formel et informel des conflits : analyse d'une alternative», *Sociologie du travail*, 1981, 1, 32-42.

Un tel examen implique et favorise à la fois une conception moins techniquement «normativiste» du droit. On devrait admettre familièrement que le droit n'est pas fait que de commandements et de sanctions; que tous les préceptes qu'il édicte n'ont pas à être appliqués de façon absolue... On reconnaîtra aussi que la décision judiciaire n'est pas toujours le meilleur moyen d'apaiser un conflit, que le respect intégral de toutes les règles possibles n'est pas toujours signe de justice et que déroger à certaines normes ne donne pas automatiquement lieu à une illégalité et encore moins à une injustice.

Une analyse, un tant soit peu systématique et rationnelle, des fonctionnements réels et variés des démarches judiciaires montre qu'il y a souvent plusieurs voies possibles pour une même justice et que l'équité procédurale («le» *due process of law*) n'exclut pas une polyvalence des moyens et des chemins. Ici, comme en bien d'autres domaines, il est réaliste et raisonnable d'admettre que *the one best way* n'existe pas et que la flexibilité - plus fréquente qu'on ne le croit souvent - est de meilleur augure que la rigidité et le formalisme rituel.

Résumons cette première perspective en disant que, dans ce cadre, les méthodes alternatives de résolution des conflits sont à l'avantage du droit étatique. Néanmoins, pour peu qu'on s'attende à ce qu'elles respectent les exigences d'accessibilité à la justice et qu'elles favorisent l'égalité devant la loi, il faudra les prendre «au sérieux». Cela implique au moins deux choses. D'abord, qu'elles soient créditées, au départ, d'un «statut» équivalent aux procédures traditionnelles. Et ensuite, qu'avec ces dernières, elles donnent lieu à des expériences contrôlées, soutenues, analysées et évaluées objectivement.

II. LES ORDRES JURIDIQUES ET LEURS TRANSACTIONS

A. La difficile conceptualisation du pluralisme juridique

Les exigences précédentes correspondent à une vision pluraliste du droit; pluralisme dans sa version faible, selon l'expression de Norbert Rouland, où «on fait allusion à l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques»⁷. À celle-ci, l'auteur oppose et préfère une vision forte qui «s'inspire de l'idée que les différents groupes sociaux voient se croiser en leur sein de multiples

7. Norbert ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 124.

ordres juridiques : le droit étatique mais aussi celui que produisent d'autres groupes, droits qui peuvent coïncider ou diverger»⁸.

S'agissant des méthodes alternatives, les discussions qui les concernent font fréquemment appel au pluralisme juridique. Fréquemment, et laborieusement faut-il dire aussi. Car il est difficile, d'abord, de se faire une idée claire de ce que peut être concrètement le pluralisme juridique, et ensuite, de maintenir cette même idée tout au long des discussions.

Le point de départ est dérouterant, tant pour le juriste que pour le sociologue. Il n'y aurait pas, dans une société donnée, un seul et même droit: le droit officiel, positif, étatique. L'État n'aurait pas le monopole de la sanction juridique des conflits et ne serait pas le seul à faire des lois, à les interpréter et à les appliquer. Dans cette société, il partagerait ces pouvoirs - partiellement et inégalement - avec les institutions religieuses (Églises ou sectes), les corporations professionnelles, les clubs sportifs, les communautés de vie ou «thérapeutiques», les milieux «totalitaires» (asiles, prisons), les communautés locales ou ethniques, les mouvements contestataires ou révolutionnaires, les milieux délinquants et criminels...

On admet sans problème que ces nombreux groupes possèdent des cultures et des normes de conduite bien spécifiques. Mais de telles normes, pense-t-on aussitôt, ne sont pas des normes juridiques puisqu'elles ne pourront être invoquées avec succès auprès des tribunaux. C'est la société qui est pluraliste, moralement, culturellement, politiquement... (et ce serait un fait occidental assez récent, ajoute-t-on quelques fois). Mais il n'y a qu'un seul État pour une société donnée ou sur un territoire donné. Car c'est lui qui en assure la cohésion et en garantit l'unité en posant et en imposant à tous un même droit. C'est ce que nous avons tous également appris, sociologues comme juristes.

Une question cependant : un droit étatique unique peut-il être sensible et perméable à tous ces univers normatifs qui, sur des points particuliers souvent, diffèrent et s'opposent vivement à lui (en plus de s'opposer souvent entre eux) ? Sociologues et juristes peuvent diverger quelque peu dans leurs réponses. Les premiers seront plus sensibles aux compromis qui marquent les lois depuis les premières étapes de leur élaboration jusqu'aux manières de les appliquer (ou pas) et de les faire respecter (ou pas). Les seconds seront plus sensibles, eux, aux volontés et aux efforts de toutes les institutions et

8. *Id.*, p. 125.

professions judiciaires pour assurer la compatibilité des règles, la systématisation des procédures, la cohérence des textes et des interprétations, l'uniformisation des pratiques...

Les points de vue ne sont pas irréconciliables : au-delà des personnes, ils peuvent assez facilement communiquer autour d'une certaine vision contemporaine du droit qui se définit volontiers comme pluraliste. Le droit et la société civile s'influencent l'un et l'autre. Il y a certes toujours des écarts entre certaines valeurs prônées par le droit étatique et la dynamique des relations sociales concrètes, mais les réformes des lois, les adaptations réglementaires, les changements de directives, les pouvoirs discrétionnaires, les interprétations jurisprudentielles... constituent en fin de compte un «droit vivant» qui répond autant que faire se peut aux nécessités changeantes de la vie sociale et aux besoins des justiciables.

Ce discours exprime la vision pluraliste la plus facilement compréhensible et la plus aisément acceptable aujourd'hui. Il faut admettre cependant qu'il s'agit là d'un «pluralisme faible». Le droit y est dit pluraliste parce qu'il respecterait les choix de valeur des personnes ou des groupes, parce qu'il tiendrait compte des bigarrures idéologiques de la société civile, parce qu'il serait soucieux d'en épouser les changements culturels. Mais ce droit - adaptatif, si on peut dire - reste celui de l'ordre juridique étatique.

Pour parler d'une vision pluraliste forte, il faut reconnaître la co-existence de plusieurs ordres juridiques, c'est à dire, selon Guy Rocher, «d'autres ensembles d'action sociale qui peuvent être découpés dans l'univers normatif global de la société et être analysés comme des ordres juridiques, sur le modèle de l'ordre juridique étatique»⁹.

Tout particulier, en dehors et en plus du droit positif, jouit de nombreux autres droits subjectifs et est également astreint à bien d'autres obligations. Que ces droits et obligations ne soient pas produits ni sanctionnés par l'État ne leurs enlèvent pas pour autant ni leur valeur ni leur force régulatrices¹⁰. Il en va du droit comme de la santé : chacun dispose

9. Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29, *C. de D.* 91, 106. En plus de proposer une définition opératoire et bien construite de la notion d'ordre juridique, cet article est une présentation remarquablement nette, claire et synthétique d'une conception pluraliste forte du droit.

10. «L'ordre juridique étatique n'est pas seul, comme on le croit et l'enseigne trop souvent : il surplombe des ordres juridiques infra-étatiques (ceux des groupes secondaires) ou voisine avec eux, et s'incline devant des ordres juridiques supra-étatiques (par exemple les ordres juridiques européen ou international, ou encore les «codes de conduite» des multinationales.

effectivement, en plus des ressources de la médecine scientifique (centrale et impériale) d'autres lieux et réseaux pour poser et traiter ses questions de santé.

On peut d'ailleurs dire, pour continuer avec l'analogie précédente, que les juristes sont aussi mal à l'aise avec ce pluralisme juridique que ne le sont les médecins avec une vision de la santé globale. Nous voudrions pour terminer faire quelques remarques susceptibles d'en faciliter l'examen et de fructifier les débats portant plus particulièrement sur ces méthodes qui, dans les deux cas, sont dites alternatives.

B. Chassé-croisé entre l'État et la société civile

Au départ admettons, avec Guy Rocher, que «le fait de la *pluralité* des formes juridiques n'est pas moins présent aujourd'hui qu'autrefois». C'est «le *pluralisme* juridique (qui) ne fait plus partie non seulement de la conscience des juristes mais des représentations sociales communes dans les sociétés modernes» alors que jusqu'au XIX^e siècle on peut dire que cette «problématique (...) était explicitement présente à l'esprit des juristes»¹¹.

Pour comprendre cet effacement du pluralisme - et donc pour comprendre aussi ses tentatives de retour aujourd'hui - il faut quitter le système juridique proprement dit et faire un détour par la question des rapports de l'État à «sa» société civile (et des relations inverses de celle-ci à «son» État). L'alternative, très grossièrement présentée, est celle-ci¹². Ou bien l'État, pour diverses raisons, prétend s'ériger en producteur unique de la cohésion sociale en soustrayant les individus aux pressions de leur groupe d'appartenance. Ce faisant, il voit à affaiblir les pouvoirs économiques et politiques de ces corps intermédiaires tout en restreignant leurs compétences judiciaires internes. Ou bien ce même État, pour d'autres raisons, fait le pari contraire : pour rester le garant ultime de la cohésion sociale il est plus sûr de laisser s'exercer la régulation des conduites individuelles par différents

Grâce à leur transnationalité, celles-ci jouissent d'une souveraineté normative qui leur permet de négocier avec les États de souverain à souverain, et non de sujet à souverain», N. ROULAND, *loc. cit.*, note 7, p. 135.

11. Guy ROCHER, *loc. cit.*, note 9, 96.

12. On trouvera plus de détails, sur ce point, dans: N. ROULAND, *loc. cit.*, note 7, 123-143; Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et Sociétés*, XVIII, 1, 1986, 11-32 et «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 32 *C. de D.* 251.

groupes intermédiaires que le pouvoir central encadrera plus ou moins fortement et dont il suscitera même, au besoin, la création.

C'est l'histoire mouvementée des flux et reflux d'un État de droit qui oscille toujours entre une régulation juridique centrale et autoritaire d'un côté et une régulation partagée, concertée et plus démocratique de l'autre. Il est raisonnable de penser qu'aujourd'hui, après de longs et puissants mouvements de régulation monopoliste, le mouvement de bascule nous ramène vers une régulation plus flexible et négociée. On peut aussi penser un peu autrement : en contrepartie d'«une emprise croissante du droit»¹³ sur la plupart de nos relations sociales, l'État en autoriserait une production plus «socialisée» et une mise en oeuvre plus interactive avec les divers ordres juridiques qu'il tolère volontiers, qu'il encourage même souvent et qu'il semble combattre de moins en moins.

C'est dans la reconnaissance de ce chassé-croisé entre l'État en changement et les groupes intermédiaires sociologiquement toujours renouvelés qu'on peut le mieux saisir la réalité (quoique limitée encore) et surtout le potentiel des méthodes alternatives de résolution des conflits. Cette réalité - et plus encore ce potentiel - sont évidemment difficile à saisir concrètement compte tenu de l'effacement du pluralisme dont nous avons fait état plus haut. C'est en redécouvrant la pluralité juridique *de fait* qu'on pourra alors mieux se rendre compte de la fonction d'interface que ces méthodes alternatives peuvent réellement assumer¹⁴. Un accroissement - même très substantiel de ces dernières - ne signifie donc nullement un affaiblissement et encore moins la désagrégation de l'État et de son droit positif, mais seulement une modification dans les modalités de transactions et d'agrégation de ce droit aux autres droits.

Ces méthodes ne seraient plus alors uniquement des techniques d'assouplissement du droit formel, techniques concédées par l'État, pour des raisons simplement économiques, dans des champs juridiques aux ressources

13. Cette expression est de Guy ROCHER. C'est ainsi qu'il a intitulé un article critique très éclairant en la matière, «L'emprise croissante du droit» dans Fernand DUMONT (dir.), *La société québécoise après 30 ans de changement*, Québec, Institut Québécois de Recherche sur la Culture, 1990, pp. 99-116. Sur cette même question, les discussions au séminaire ont été beaucoup facilitées par les distinctions sémantiques proposées en début d'article par Yves-Marie MORISSETTE, *loc. cit.*, note 6.

14. Cette redécouverte de la pluralité des ordres juridiques sera certainement un mouvement lent dans la mesure où il exigera au minimum de longues observations et des recherches patientes construites avec l'existence de cette pluralité comme présupposé de départ. Celle-ci, en effet, ne se laissera voir qu'en autant qu'on voudra bien la voir ainsi qu'en témoigne la recherche de Jean-Guy BELLEY sur les contrats, *loc. cit.*, note 12.

de plus en plus rationalisées, devenus ainsi des champs de seconde zone (famille, consommation, logement, troubles de voisinage...). Les «justices alternatives» - à l'exemple des médecines alternatives - n'entraîneront pas la disparition de l'ordre juridique étatique. Elles constitueront seulement son contrepoids et sa modification sous l'impulsion des forces politiques et des mouvements sociaux susceptibles - en retour - de lui donner vie et mouvement.

CONCLUSION

Résumons les deux perspectives examinées. La première considère les méthodes alternatives comme une augmentation de la flexibilité des procédures judiciaires favorable à un accroissement de l'accessibilité à la justice. Mais pour que cet accroissement soit effectif - pour que soit évité le piège d'une justice «appauvrie» dans certains secteurs - il est nécessaire que ces procédures soient jugées, à l'égal de toute autre procédure, sur leurs résultats objectifs et sur leurs portées réelles. La seconde perspective conçoit ces méthodes comme interactions - comme transactions même - entre le droit étatique et les ordres juridiques autres. Elle est plus exigeante que la précédente : pour reconnaître ces transactions, il faut retrouver et admettre l'existence permanente d'une pluralité juridique.

Ces deux perspectives, plus différentes qu'il n'y paraît souvent, ne sont cependant pas mutuellement exclusives. L'essentiel pour l'instant est au moins d'apprivoiser leur présence et de voir à leur développement en évitant autant la suspicion systématique que l'emballement euphorique. La justice exige, ici aussi, rigueur et lucidité.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** « ACCIDENTS DU TRAVAIL ET MALADIES PROFESSIONNELLES
1985-1991 »
et
« LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES
PROFESSIONNELLES - SYNTHÈSE ET JURISPRUDENCE SOMMAIRE »
- Auteur(s) :** Robert Tétrault
- Revue :** *RDUS*, 1992-1993, volume 23, numéro 1
- Pages :** 283-285
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13391>

Page vide laissée intentionnellement.

**«ACCIDENTS DU TRAVAIL ET
MALADIES PROFESSIONNELLES 1985-1991»^{*}
et
«LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET
LES MALADIES PROFESSIONNELLES - SYNTHÈSE
ET JURISPRUDENCE SOMMAIRE»^{**}**

par Robert Tétrault^{***}

Depuis son adoption en 1985, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* a donné lieu à de très nombreux litiges. Les statistiques de l'année 1991 indiquent que les Bureaux de révision paritaires avaient reçu pour cette seule année près de 25 000 demandes de révision de décisions de la CSST alors que la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles recevait plus de 10 000 déclarations d'appel, soit cinq fois plus que ce qui avait été prévu à l'origine. Le contentieux des lésions professionnelles mobilise une foule de juristes, mais également de nombreux autres intervenants, conseillers en relations industrielles, gestionnaires de ressources humaines, représentants syndicaux, médecins, etc. Ces litiges impliquent également de nombreux accidentés du travail qui, n'ayant pas accès aux services d'un avocat ou d'un conseiller en la matière, tentent tant bien que mal d'exercer les recours prévus par la loi. La législation est complexe et les points sujets à interprétation sont nombreux. À elle seule, la notion d'accident du travail a justifié la publication d'une monographie fouillée.¹ Aussi doit-on se réjouir de la publication d'ouvrages qui se proposent d'aider les intéressés à s'y retrouver.

Dans la collection Atout Maître, la Société québécoise d'information juridique publie *Accidents du travail et maladies professionnelles 1985-1991*, un répertoire de toutes les décisions rendues en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* et publiées par SOQUIJ au cours des six premières années d'application de cette loi. Cet ouvrage s'ajoute au répertoire *Santé et sécurité du travail* publié dans la même collection en 1990. Les décisions répertoriées sont celles qui ont déjà été publiées dans les recueils *Décisions des Bureaux de révision paritaires* et dans les recueils *Décisions de*

*. Josée MARINEAU, Lina DESBIENS et Monique DESROSIERS, *Accidents du travail et maladies professionnelles 1985-1991*, coll. «Atout Maître», Montréal, Société québécoise d'information juridique (Soquij), 1992, 830 p.

**.

Yves TARDIF, *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles - Synthèse et jurisprudence sommaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 180 p.

***.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1.

Line CORRIVEAU, *Les accidents du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, 22-1 p.

la *Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* ainsi que dans *Droit du travail Express*. Quelque 2 000 décisions ont été analysées et résumées en quelques lignes. Ces résumés sont regroupés selon le plan de classification commun aux trois recueils de décisions précitées. Ce plan comporte seize rubriques principales présentées en ordre alphabétique; chacune de ces rubriques forme un chapitre et peut comporter plusieurs sous-rubriques. En début de chapitre, on souligne clairement les dernières modifications apportées à la loi au cours de l'année 1992.² On explique ensuite la structure du chapitre, on cite la doctrine et on présente une analyse sommaire de la jurisprudence. Les notes explicatives du début situent clairement le lecteur quant au champ couvert et quant à la portée des commentaires. Le lecteur ayant déjà apprivoisé le jargon des lésions professionnelles comprendra sans peine le plan de classification. Les auteurs fournissent également en annexe une table de corrélation entre les articles de la loi et le plan. Notons toutefois que «Consolidation», cinquième chapitre du répertoire, n'y est pas mentionné. Pour faciliter la consultation, le titre de chapitre et la sous-rubrique apparaissent en titre courant sur la page de gauche et celle de droite. Cependant, comme l'ordre alphabétique n'est pas toujours respecté dans la présentation des sous-rubriques, il aurait été souhaitable de fournir entre parenthèses l'indice numérique de chapitre ou de section. Par ailleurs, même si l'ouvrage est assez volumineux, il serait utile d'y ajouter éventuellement quelques pages pour joindre en annexe une table des décisions.

La collection Atout Maître veut offrir un outil de recherche jurisprudentielle complet couvrant des sujets particuliers et présenté sous forme de répertoire dont la consultation est rapide et efficace. Les personnes qui s'intéressent au domaine des lésions professionnelles peuvent certainement se réjouir de cet ajout à la collection. Ceux qui connaissent moins bien le sujet disposent désormais d'un instrument qui leur permet d'amorcer une recherche en bénéficiant d'une mise en contexte des décisions rapportées. Ils seront ensuite en mesure de tirer un meilleur parti d'autres recueils spécialisés tels que *JuriSélection*, un résumé de décisions récentes publié par la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.

C'est avec ce même souci de faciliter les recherches dans le domaine que Me Yves Tardif publie chez Wilson & Lafleur un vade mecum du praticien en droit des lésions professionnelles. *LATMP : synthèse et jurisprudence sommaire* offre la possibilité de prendre rapidement connaissance de la jurisprudence et des principales dispositions de la loi. En ce sens, la présentation graphique est réussie. L'information se présente en deux colonnes; les textes de présentation de la loi et les résumés de jurisprudence se trouvent dans la colonne de gauche alors que les références sont situées dans la colonne de droite à la hauteur du

2. *Loi modifiant la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, la Loi sur la santé et la sécurité du travail et la Loi sur l'assurance-maladie*, L.Q. 1992, c. 11, (Projet de loi 35).

texte auquel elles se rapportent. Les textes qui synthétisent les dispositions de la loi et les références aux articles sont ombragés pour les distinguer des éléments jurisprudentiels. L'ouvrage suit l'ordre des chapitres de la loi et les différentes rubriques sont numérotées. L'auteur cite des décisions rapportées mais également plusieurs décisions inédites, parues dans *JuriSélection* ou qu'on peut se procurer auprès du secrétariat des organismes décisionnels dont les coordonnées sont fournies. Les résumés de décision sont assez succincts et prennent la forme de propositions générales, par exemple : «L'événement imprévu et soudain peut être constitué d'un ensemble de petits événements qui, avec le temps, vont entraîner une blessure - 1990 BRP 79». ³ Ces propositions sont évidemment lues en relation avec celles qui les précèdent ou les suivent. Au chapitre des maladies professionnelles non prévues à l'Annexe I de la loi, l'auteur présente une liste de maladies classées selon qu'elles ont pu être reconnues ou non comme caractéristiques d'une activité particulière. Cette liste ne mentionne que le type de maladie, l'occupation du travailleur ou de la travailleuse et la référence. Avant de tirer quelque conclusion, il faut se référer au texte même de la décision pour juger de la qualité de la preuve présentée dans chacun des dossiers.

À prix abordable, *LATMP : synthèse et jurisprudence sommaire* présente de nombreux attraits pour le praticien en droit des lésions professionnelles. Malheureusement, bien que paru au premier trimestre de 1993, l'ouvrage fait totalement abstraction des modifications apportées par la *Loi modifiant la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, la Loi sur la santé et la sécurité du travail et la Loi sur l'assurance-maladie* (Projet de loi 35), adoptée en juin dernier et entrée en vigueur en novembre 1992. Ainsi, au chapitre de l'évaluation médicale, on présente les dispositions concernant l'arbitrage médical lequel a été aboli par cette loi modificatrice qui a apporté d'autres changements significatifs. De plus, l'auteur ne fournit pas d'indication quant à la période couverte par ses recherches. Il nous a semblé que les références jurisprudentielles les plus récentes dataient du début de 1992. Le lecteur devra donc faire preuve de vigilance, particulièrement en ce qui concerne l'évaluation médicale et le recours en révision.

3. Page 8, Événement imprévu et soudain - temps et durée (section 1.2.1.2.2).